



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico
Curriculum di Diritto costituzionale e Diritto pubblico generale
XXX ciclo

**I DIRITTI FONDAMENTALI NEL COSTITUZIONALISMO BRITANNICO
TRA COMMON LAW E PRINCIPI EUROPEI**

Tutor: Chiar.mo Prof. Paolo Ridola

Co-Tutor: Chiar.mo Prof. Gaetano Azzariti

Dottorando: dott. Federico Nania

INDICE

CAP I

Alle radici della concezione inglese dei diritti fondamentali e delle loro garanzie

1. Il ruolo delle Corti di common law nell'affermazione delle libertà e dei diritti degli <i>englishmen</i> : il caso della <i>freedom of trade</i>	5
2. L'affermazione della supremazia del Parlamento, la tutela dei diritti e la <i>rule of law</i>	15
3. La polemica inglese sulla concezione continentale dei diritti.....	28
4. L'incremento dell'attività legislativa e la nostalgia per l'antica <i>common law</i>	37

CAP II

Il Regno Unito e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: dalla ratifica all'incorporazione

1. La ratifica della CEDU tra tradizione di <i>common law</i> e contingenze politiche.....	46
2. Dalla ratifica al dibattito sull'incorporazione della Convenzione.....	55
3. L'incorporazione della CEDU: lo Human Rights Act e il superamento dell'isolazionismo nel campo dei diritti.....	65

4. Lo Human Rights Act e la corrente del <i>common law constitutionalism</i>	72
--	----

CAP III

Il dialogo tra Strasburgo e Londra: la sezione 2 dello Human Rights Act e le peculiarità dell'ordinamento inglese

1. <i>Taking into account</i> ovvero il rapporto tra Corti inglesi e giurisprudenza europea alla luce della sezione n. 2 dello Human Rights Act.....	83
2. <i>Rule of law</i> e separazione dei poteri nell'ordinamento inglese: la posizione della Corte EDU nei casi <i>Sunday Times</i> e <i>McGonnell</i>	102
3. Il margine di apprezzamento come strumento di dialogo	111
4. Il difficile rapporto tra Regno Unito e Corte EDU: dal caso <i>Hirst</i> alla Conferenza di Brighton	121

CAP IV

Dalla rule of law alla interpretazione conforme e alla declaration of incompatibility degli atti legislativi: le sezioni 3 e 4 dello Human Rights Act e il ruolo della Uk Supreme Court

1. La giurisprudenza sulla sezione 3 dello Human Rights Act ed il criterio della 'interpretazione conforme': garanzia o pericolo per la <i>sovereignty of Parliament</i> ?.....	138
2. La sezione 4 dello Human Rights Act: un'inedita forma di <i>constitutional review</i>	147
3. La Uk Supreme Court tra <i>common law rights</i> e diritti CEDU	165

Considerazioni conclusive.....	176
Bibliografia	189

CAP I

ALLE RADICI DELLA CONCEZIONE INGLESE DEI DIRITTI FONDAMENTALI E DELLE LORO GARANZIE

1. Il ruolo delle Corti nell'affermazione delle libertà e dei diritti degli englishmen: il caso della freedom of trade

È affermazione ricorrente quella per cui nella tradizione costituzionale inglese l'affermazione delle libertà e dei diritti si è andata anzitutto configurando grazie all'apporto decisivo della giurisprudenza delle Corti di common law.

Ci si vuole in particolare riferire al ruolo assunto dalle Corti nel sistema britannico a partire dalla enucleazione in sede interpretativa dei principi di common law in grado di contenere prima il potere della Corona e successivamente, come è inevitabile che accada per principi di grado sostanzialmente costituzionale scritti o meno che siano, capaci di imporsi a qualunque detentore del potere politico anche di tipo rappresentativo, in modo da assicurare comunque adeguata tutela alle libertà del cittadino.

Questa considerazione già di per sé vale a sfatare l'idea molto diffusa che nella evoluzione della forma di governo inglese i poteri sovrani siano passati nella loro originaria assolutezza nel Parlamento inglese, e che l'incondizionata onnipotenza di

quest'ultimo sia divenuta, secondo la nota immagine di De Lolme,¹ addirittura l'aspetto dominante del sistema di governo britannico.

Per comprendere quanto decisivo sia stato il ruolo delle Corti nell'esperienza costituzionale inglese basti ricordare che già a partire dal XIII secolo, sotto il regno di Enrico III, la *English law* venne ad assumere le caratteristiche di una vera e propria *case law* basata sul rispetto del precedente (o *stare decisis*); a tale riguardo ha sottolineato Maitland che il regno di Enrico III può essere considerato la “*golden age of judge-made law*”, vista soprattutto l'ampia libertà lasciata ai giudici “*not hampered by many statutes or by the jealousy of a parliament which will neither amend the law nor suffer others to amend it*”.²

Pertanto la stessa locuzione *common law* nasce allo scopo di indicare un certo tipo di diritto la cui forza giuridica prescinde dal suo *enactment* e che pertanto resta ben distinto dagli *statutes* e dalle *ordinances* del Sovrano; la common law in questo senso “*is in theory traditional law—that which has always been law and still is law, in so far as it has not be overridden by statute or ordinance*”.³

Tale caratteristica della common law farà sì che almeno a partire dal XIII secolo la conoscenza di un siffatto diritto -

¹ Ci si riferisce alla celebre frase: “*It is a fundamental principle with English lawyer, that Parliament can do everything but make a woman a man, and a man a woman*”, DE LOLME, cit. in A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (1885), London, 1915, p. 5.

² F.W. MAITLAND, *Constitutional History of England*, Cambridge University Press, 1919, p. 18.

³ F.W. MAITLAND, *ibidem*, p. 23.

coacervo di tradizioni, principi e consuetudini – sarà intesa come prerogativa pressoché esclusiva del ceto dei *common lawyers*.

In definitiva, l'elaborazione della common law si è tradotta nella ricerca di limiti al potere sovrano che pretendesse di essere assoluto e *legibus solutus*, mettendo capo allo schema della *legal*, o *common law, constitution*. A quest'ultimo proposito, basti ricordare che già alla fine del 1200 il giudice Bracton, che grande influenza avrà sugli sviluppi del pensiero politico costituzionale inglese, formulava la celebre massima "*Ipse autem Rex non debet esse sub homine sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem*", e ciò appunto per sottolineare come il potere del *Rex* fosse dotato di legittimità solo se a sua volta riconosciuto da una "legge" posta in posizione di superiorità e come tale idonea a fondare e allo stesso tempo a circoscrivere il potere medesimo. Tale legge superiore non è peraltro individuata, come nel sistema di diritto romano di cui Bracton è grande conoscitore, nella *Roman lex* come prodotto di organi predisposti alla creazione del diritto; questa *lex* è piuttosto concepita come un "*common engagement of the republic*", la cui coincidenza con l'*ancient costume* vale a distinguerlo nettamente dal *legislative enactment*.

Nella stessa prospettiva si muove McIlwain quando osserva che "*the principal background of our modern constitutionalism is to be found in the common law*", dal momento che su questo terreno prendono avvio le esigenze di definizione e di tutela dei diritti degli individui, mentre solo secondariamente esse vivevano "*in the parliament which maintained them*".⁴

⁴ C.H. MCILWAIN, *The English Common Law, Barrier Against Absolutism*, in

Come si diceva, muovendo da queste premesse, le Corti hanno svolto un ruolo cruciale nell'enucleare in sede applicativa quei fondamentali principi di common law chiamati a contenere il potere della Corona, così da assicurare comunque un'adeguata tutela alle libertà del cittadino inglese. È largamente acquisito che il ruolo giocato dalle Corti risulta particolarmente tangibile se si ripercorre il processo di affermazione delle libertà economiche a partire dal XVI secolo, potendosi affermare al riguardo che sul terreno di cui si parla l'attivismo dei giudici inglesi ha fatto assumere loro la vera e propria "rappresentanza" di quelle istanze di rinnovamento che provenivano dai settori più dinamici della società inglese, all'insegna del superamento dei vincoli medievali e di emancipazione della capacità di iniziativa e di lavoro dei singoli, propiziando in tal modo l'avvento di un nuovo modo di produzione che, non a caso, in Inghilterra ha ampiamente preceduto le analoghe trasformazioni avvenute nei paesi dell'Europa continentale soltanto nel corso dell'ottocento.

A conferma di quanto detto, è sufficiente richiamare qui sinteticamente la vicenda giurisprudenziale che, a partire dalla fine del XVI secolo, ha visto dedurre dalla common law il rigetto delle posizioni monopolistiche, che fossero manifestazioni di poteri sovrani oppure di poteri privati, perché ritenute in contrasto con la tradizione giuridica inglese.⁵ È d'obbligo al riguardo

The American Historical Review, Vol. 49, No. 1 (Oct. 1943), pp. 23-31.

⁵ È bene ricordare che soltanto con la Regina Elisabetta I venne conferito alle Corti di common law il potere di giudicare i casi riguardanti i monopoli reali, che fino a quel momento erano stati decisi dallo Star Chamber e dal Privy Council; i casi riguardanti i *private monopolies*, invece, rientravano già nella

menzionare il famoso *Chief Justice* Sir Edward Coke e le sue sentenze, a cavallo tra 1500 e 1600, dove viene affermata l'esistenza di un risalente principio posto a tutela della libertà economica e di commercio, ravvisandolo non soltanto nei postulati della Magna Carta e di altri antichi *statutes*, ma anche in antiche decisioni giudiziali.⁶

competenza delle Corti le quali pertanto avevano avuto modo di delineare al riguardo taluni orientamenti interpretativi cui non si mancherà di attingere quando ci si dovrà cimentare con la questione, ben più impegnativa per le implicazioni immediatamente politiche che vi erano sottese, della legittimità dei monopoli reali rispetto ai principi della common law.

Ciò detto, non può dunque sorprendere che si possa reperire un remoto "*founding precedent*" in materia di elaborazione della "*doctrine of restraint of trade*" risalente al 1414 (si tratta del *Dyers's case*, riguardante un contratto di non concorrenza stipulato da soggetti privati): ossia in una fase storica nella quale è ancora forte la tenuta del sistema feudale e la common law viene piuttosto dedotta per legittimare i privilegi concessi dal potere reale. Occorre attendere la fine del XVI secolo perché inizi a farsi strada, pur con tutte le cautele del caso, l'idea che la common law non possa essere chiamata ad avallare le posizioni monopolistiche, indipendentemente dal fatto che essi siano manifestazione di autonomia privata oppure di derivazione dall'esercizio dei poteri sovrani, anche se vi è chi ha sottolineato come la legislazione antimonopolistica in Inghilterra risalga già al tempo della Magna Carta: "*legislation in England dating from the Magna Carta laid down that all monopolies without exception, even those granted by the King, were considered contrary to the law because they restricted the freedom of the individual*" (Cfr. WILBERFORCE, CAMPBELL, ELLES, *Restrictive trade practices and monopolies*, London, Sweet e Maxwell, 1966, p. 23).

⁶ Tra i principali *cases* decisi dal giudice Coke si possono ricordare il caso *Davenant v. Hurdis* della fine del 1500 in cui Coke affermava che privare un *craftsman* del diritto di svolgere la sua attività commerciale "*was to deprive him of the liberty of the subject*", ed il caso *Darcy v. Allen* del 1603 (conosciuto anche come *the case of Monopolies* vista la sua rilevanza) dove si arriva ad affermare la contrarietà alla common law delle stesse *royal grants by patent* (concessioni attribuite dalla Corona ad alcune imprese in diversi ambiti commerciali) ove queste ultime diano luogo a situazioni monopolistiche. Nella decisione si trovano affermazioni di grande rilievo in ordine alle garanzie apprestate dalla common law per consentire l'esercizio del diritto di lavorare per mantenere se stessi e le proprie famiglie, e di fronte al quale non può che

Nondimeno, non sarebbe fondato ritenere che soltanto i giudici si siano proposti quali depositari e custodi della tradizione, e tanto meno lo sarebbe immaginare che ad essi sia stato subito riconosciuta una competenza esclusiva in materia. Ha osservato McIlwain che <nella contesa tra *jurisdictio* e *gubernaculum*, che prese avvio negli ultimi anni del regno di Elisabetta e continuò a svilupparsi sempre più apertamente sotto i suoi successori, ciascuna delle parti in causa rivendicava i suoi diritti in quanto “ereditati”: in particolare, lo stesso monarca affermava la intangibilità delle sue prerogative appellandosi all’*ancient common law*, tanto che Giacomo I, a conferma dei diritti della Corona come diritti ereditari, si appellava ad un insieme di leggi che “non erano adatte alla lingua di un giurista” e sfuggivano quindi alla disponibilità della stessa Alta Corte del Parlamento,

recedere la pretesa di mantenere una posizione esclusiva fondata sul *grant*; si legge in particolare nella sentenza: “*the grant to the plaintiff to have the sole making of them is against the common law and the benefit and liberty of the subject*”. Un’affermazione questa dalla quale muove Coke per formulare, in forza della Magna Carta, un’asserzione di portata generale a tutela delle libertà economiche dei cittadini inglesi: “Tutti i monopoli sono contro questa grande carta, perché sono contro la libertà del cittadino e contro le leggi del paese” (E. COKE, *The case of monopolies*, II Co. Rep. 84b, 88b, 77 Eng. Rep. 1260, 1266, K.B. 1602). In conclusione questi casi giurisprudenziali esaminati, seppure particolarmente risalenti, già dimostrano l’esistenza nella *common law* del concetto di *freedom of trade*, principio confermato peraltro secondo Coke già nella *Magna Carta*, in virtù del quale nessun uomo può essere privato del proprio diritto a svolgere una attività economica se non per un *Act of Parliament*. Un principio cui forse non può essere attribuito lo stesso significato che esso avrà in tempi più recenti visto che, come nota Holdsworth nel suo lavoro *A History of English Law*, pubblicato nella prima metà del XX secolo, “*freedom of trade did not mean to Coke and his fellows what it means to an economist or a politician today. The freedom they meant was freedom from arbitrary restraints not recognised by the law*”, ma che resta un esempio molto importante del contributo delle Corti nell’affermazione delle libertà e dei diritti già in una fase così risalente della storia inglese.

restando essa pur sempre “una corte giudiziaria subalterna”>.⁷

Il duro conflitto tra opposte legittimazioni interpretative emerge con grande chiarezza in due casi, entrambi decisi sempre dal giudice Coke, ossia il *Prohibitions del Roy* e il *Case of Proclamations*, che sono generalmente considerati le tappe decisive dello scontro tra *jurisdictio* e *gubernaculum*. Il primo investiva la questione dei limiti dell'autorità dei giudici ecclesiastici, in merito alla quale l'Archibishop of Canterbury riteneva che soltanto “*the King may decide in his royal person*”, tanto più che i giudici altro non sarebbero stati che semplici *delegates of the King*, con l'ulteriore conseguenza che il Sovrano stesso avrebbe potuto scegliere “*what causes he shall please to determine, from the determination of the judges and determine them himself*”. Dal canto suo, Coke allo scopo di corroborare la tesi secondo la quale nell'assetto tramandato dalla tradizione “*the king in his own person cannot adjudge any case, either criminal, as treason, felony etc., or betwixt party and party, concerning his inheritance, chattels or goods etc., but this ought to be determined in some Court of Justice*”, opera una distinzione tra la ragione propria di tutti gli uomini e l'*artificial reason* alla cui conoscenza esclusivamente i giuristi possono aspirare. E dunque, alla pretesa regia di fondare sulla *reason* della *law of the land* il suo potere di decidere qualsiasi caso nelle Corti, Coke oppone la particolare capacità interpretativa dei *common lawyers* in quanto

⁷ C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, a cura di Vittorio De Caprariis, trad.it, Venezia, Neri Pozza Editore, 1956, p. 122.

detentori non già, come notava criticamente Hobbes⁸, di una ragione spontanea e naturale, bensì di quella *artificial perfection of reason* che può essere conquistata attraverso lo studio del diritto e nella concretezza dell'esperienza giuridica, consentendo a chi la coltivi di portare alla luce la ragione oggettiva scaturente dalla tradizione contro ogni tentativo di asservirla alla personale volontà del detentore del potere politico. È perciò da condividere la riflessione di Pollock⁹ stando alla quale la “ragione” cui si riferisce Coke, proprio perché non ancorata a fissi presupposti giusnaturalistici, conferisce alla common law, nonostante il suo continuo riferimento alle consuetudini ed alla tradizione, anche quella spiccata capacità evolutiva che le permette di corrispondere alle reali necessità prodotte dai mutamenti storici: un pregio questo la cui valorizzazione è in definitiva rimessa ai

⁸ T. HOBBS, *A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England*, in *The english works*, edited by Sir William Moleworth, London, 1939-45, 6.14-15. In questo passo il *philosopher*, ovvero Hobbes stesso, così si esprime nei confronti del *lawyer* che si batteva a favore della teoria della *artificial reason* di Coke: “Do you think this to be good doctrine? Though it be true that no man is born with the use of reason, yet all men may grow up to it as well as lawyers; and when they have applied their reason to the laws (which were laws before they studied them, or else it was not law they studied) may be as fit for and capable of judicature as Sir Edward Coke himself, who, whether he had more or less use of reason, was as much reason as is dispersed in so many several heads could not make such a law as this law of England is, if one should ask him who made the law of England, would he say a succession of English lawyers or judges made it, or rather a succession of Kings?(...) You see therefore that the king's reason, be it more or less, is that *anima legis*, that *summa lex*, eewhereof Sir Edward Coke speaketh, and not the reason, learning, and wisdom of the judges.(..) I say that the king's reason, when it is publicly upon advice and deliberation declared, is that *anima legis*; and that *summa ratio* and that equity, which all agree to be the law of reason, is all that is or ever was law in England sinche it became Christian, besides the Bible.”.

⁹ F. POLLOCK, *The expansion of the common law*, London, Stevens and Son, Chancery Lane, 1904.

giudici in quanto custodi della common law e delle sue ragioni più profonde.

Era dunque inevitabile che i postulati di cui sopra finissero con l'operare anche in senso limitativo dei poteri del Re rispetto a quelli del Parlamento,¹⁰ come testimonia il *Case of Proclamations* dove Coke propugna la tesi che il Re non potesse, tramite le sue *proclamations*, modificare la common law in alcuna delle sue

¹⁰ Su questo punto si segnala la polemica tra P. Craig e A. Tomkins su cui Cfr. P. CRAIG, *Uk, EU and Gblobal Administrative Law: Foundations and Challanges*, Hamlyn Lectures, 2015, p. 45 e ss.; A. TOMKINS, *Our Republican Constitution*, Hart Publishing, 2005. In particolare Tomkins critica la visione di quelli che, come Craig, considerano Coke il difensore della common law, sottolineando come invece alla base delle sue decisioni vi fosse più che altro un interesse a preservare la posizione delle *common law courts*, considerando Coke piuttosto un “*jealous lawyer*” precoccupato di mantenere intatta la sua posizione. Al contrario secondo Craig le decisioni dello Chief Justice avrebbero un triplice significato: in primo luogo esse ‘*clearly established that the prerogative was bounded and not unlimited*’, in secondo luogo attraverso queste decisioni si posero le basi per le limitazioni al potere regio da parte delle Corti attraverso l'utilizzo della common law come parametro di riferimento, ed infine viene sottolineato l'effetto sui rapporti tra corona e Parlamento, “*the principal beneficiary of the court judgment*”.

Tomkins si oppone fortemente proprio alla tesi di Craig per cui le decisioni dello Chief Justice sarebbero state decisive anche per l'affermazione del Parlamento, in una sorta di alleanza con le Corti al fine di emarginare la Corona; secondo l'autore il fatto che il Parlamento abbia effettivamente beneficiato delle decisioni viene ridimensionato come effetto ‘*purely incidental*’, ed inoltre egli aderisce alla tesi di Wagner (cfr. D.WAGNER, *Coke and the Rise of Economic Liberalism*, in *Economic History Review* n. 30, 1935) per cui tutte le più importanti sentenze dello Chief Justice sarebbero il risultato piuttosto delle sue idee in campo economico, di modo che la difesa giudiziale del liberalismo sarebbe, secondo l'Autore, il vero “*ruling principle*” della common law dell'epoca di Edward Coke. Su questa linea viene ancora notato da Tomkins che, dopo la decisione nel *Case of Proclamations*, il Re James I, così come il suo successore Charles I, non cessarono affatto di esercitare tale potere in particolare attraverso la Star Chamber (una delle *prerogative courts*); solamente nel 1641, grazie all'intervento del Parlamento, tale corte venne abolita da un Act of Parliament e così posto un freno al potere della Corona di emanare le *proclamations*.

articolazioni: nella specie si trattava di una *proclamation* con la quale James I aveva vietato la costruzione di nuovi edifici nella capitale e nei sobborghi e di una seconda *proclamation* con la quale aveva introdotto una nuova tipologia di *offence*, arrogandosi in tal modo prerogative non previste dalla common law. Coke ribadiva che il Re “*hath prerogative, but that which the law of the land allows him*”, laddove con il termine “*law of the land*” il grande giurista vuole richiamarsi proprio alla common law intesa come *law of reason*. L’importanza di tali sentenze è stata messa in evidenza da Christopher Hill, con riferimento anche alle conseguenze economiche che ne derivavano, quando ha notato che “*this was a crucial period in which legal decisions contributed very substantially to preventing the Crown establishing a control over the economic life of the country similar to that which the French monarchy enjoyed*”.¹¹

A questo punto, si può concludere osservando che il tentativo di estendere, una volta sconfitto l’assolutismo regio, l’operatività dell’idea della superiorità del common law in quanto *rule of reason* nei confronti del Parlamento incontra un ostacolo col quale, come di seguito si vedrà, continuerà a confrontarsi fino ai nostri giorni: vale a dire il consolidarsi di una sovranità, quella del Parlamento nell’ambito del sistema di governo, ormai saldamente fondata sulla fiducia nella sua capacità di rappresentare e preservare le libertà dei cittadini inglesi che in passato avevano trovato nelle istituzioni giudiziarie il loro

¹¹ C. HILL, *Intellectual Origins of the English Revolution*, Oxford, Clarendon, 1965, p. 234.

principale punto di riferimento.

2. *L'affermazione della supremazia del Parlamento, la tutela dei diritti e la rule of law*

Come si sa, a far tempo dalla Gloriosa Rivoluzione del 1689 viene consacrato il paradigma della *sovereignty of Parliament* nell'ambito del sistema istituzionale inglese. Non è possibile ricostruire qui nemmeno per approssimazione le vicende storiche che hanno condotto a questo consolidamento del ruolo del Parlamento, vicende peraltro ampiamente analizzate sia dagli studiosi di storia inglese sia in sede costituzionalistica.¹²

¹² Autorevoli studiosi della storia inglese hanno evidenziato in particolare la stretta correlazione tra l'affermarsi del parlamentarismo in Inghilterra e lo sviluppo economico dell'Isola; cfr. BARRINGTON MOORE JR, *Le origini sociali della dittatura e della democrazia*, trad.it., Torino, 1969: nella ricostruzione di Barrington Moore, coincidente con la raffigurazione data da Hobbes della guerra civile inglese e delle sue ragioni mercantili e fiscali, il risultato finale di questo percorso "fu una vittoria gigantesca anche se ancora incompleta dell'alleanza tra la democrazia parlamentare e il capitalismo, in tal modo sconfiggendo l'autorità di diritto divino in politica e la produzione per il consumo, non per il profitto; in economia" (p. 34); cfr. anche G. BURTON ADAMS, *Constitutional history of England*, London 1971, p.265 ss, nonché M. WEBER, *Economia e società*, trad.it a cura di Pietro Rossi, Milano 1980, p.90-91, laddove l'autore mette in evidenza come la lotta per il primato parlamentare abbia conciso in Inghilterra con l'opposizione al "mercantilismo cetual-monopolistico" fatto proprio dall'assolutismo degli Stuart. Cfr. infine C. HILL, *The century of revolution*, London, 1975; sul ruolo dei *levellers* nella storia inglese cfr. anche C.B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, trad. it., Milano 1973, p. 133 ss.

Tra i nostri giuristi Costantino Mortati propone una ricostruzione non dissimile delle ragioni economico sociali che hanno sollecitato l'evoluzione della forma di governo inglese in senso parlamentare, in particolare richiamando le tappe di rilievo costituzionale che hanno segnato l'affermarsi della *supremacy of Parliament*: il Bill of rights del 1689, l' Act of Settlement del 1700, e soprattutto

Quel che si può dire è che il punto di arrivo di questo processo trova nella elaborazione di A.V. Dicey il punto più alto e sofisticato di concettualizzazione attraverso la teorica del *rule of law*.

Si ha ben presente la difficoltà di definire gli esatti contorni di una nozione che presenta un alto grado di fluidità, ma si può almeno osservare che la *rule of law* sembra segnare la definitiva archiviazione dell'ipotesi di Coke, ossia quella di assegnare alle Corti il ruolo precipuo di custodi del common law e delle antiche libertà individuali in esso radicate. Ed invero nella teorica della *rule of law*, in coerenza con il nuovo assetto acquisito dalla forma di governo inglese e dalla conseguente dislocazione del potere, il baricentro del sistema tende a spostarsi sulla volontà espressa dall'organo rappresentativo e quindi sulla componente legislativa nel quadro delle modalità di regolazione dei rapporti sociali.

Certo, non si tratta, come costantemente accade nella storia costituzionale inglese, di una rottura radicale; certo, non viene disconosciuto che la tradizione può entrare a comporre l'identità dell'ordinamento giuridico, ma resta comunque chiaro che l'applicazione del common law occupa ormai uno spazio marginale rispetto a quello detenuto dal diritto di derivazione parlamentare: la dimostrazione che a tale diritto si assegna, secondo il generale convincimento, il compito di rispecchiare le

il Septennial Act del 1715, considerata l'importanza che ha avuto in siffatto processo di affermazione del ruolo del Parlamento lo stesso prolungamento della sua durata da tre a sette anni, ciò che gli ha consentito "di seguire organicamente lo svolgimento dell'indirizzo politico e di influire su di esso in modo determinante", C. MORTATI, *Le forme di governo, Lezioni*, Padova, 1978, pp. 96 ss., in part. pp. 110 e 111.

reali ed attuali esigenze della società inglese.¹³

Il rifiuto del sistema inglese di portare alle logiche conseguenze le premesse poste da Edward Coke in ordine al controllo di costituzionalità (resistenze che saranno in qualche modo superate, come si vedrà nei capitoli successivi, solo in tempi recentissimi) nonché la stessa individuazione del rimedio estremo del diritto di resistenza popolare in caso di violazione delle libertà dei cittadini da parte dell'organo rappresentativo, conferma l'esito del contenimento del ruolo delle Corti o quanto meno il ridimensionamento della valenza politica che in passato innegabilmente aveva avuto modo di esprimere.

Sarebbe però eccessivo ritenere che la *rule of law* voglia confinare le Corti in un ambito strettamente applicativo, di semplice ed automatica esecuzione della legge, come era nella raffigurazione francese del giudice quale *bouche de la loi*. In Dicey infatti non viene affatto escluso che anche gli interventi giurisprudenziali, sotto forma di precedenti, siano ricompresi nella nozione di *rule of law*, per cui si delinea piuttosto un rapporto dialettico tra Parlamento e giudici: ma il contributo che possono dare le Corti è in questo quadro un contributo di

¹³ Ciò soprattutto concependo la rappresentanza politica “piuttosto che come uno strumento di unificazione del processo politico su basi razionali, come luogo della mediazione fra interessi contrapposti.”, così P. RIDOLA, *Organizzazione della politica e forma di governo parlamentare*, in *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 145.

Sul ruolo del Parlamento nella teoria della *rule of law* vedi inoltre I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, (1933), London, 1973, il quale imputa alla teoria un'impostazione esclusivamente formale, mentre “*the rule of law in this liberal sense requires that the powers of the Crown and of its servants shall be derived from and limited by either legislation enacted by Parliament, or judicial decisions taken by independent courts.*” (p. 47).

ragionevolezza e certezza nell'applicazione di un sistema giuridico le cui linee fondamentali devono essere ora governate dall'organo rappresentativo¹⁴.

Ha notato a riguardo Paolo Ridola che “l'idea della *rule of law* o del <dominio> del diritto accompagna invero, sin dalle origini medievali, lo sviluppo del diritto inglese (.....) essa si intreccia strettamente, a partire dal XVII secolo, con l'affermazione della Supremacy of Parliament, con la cui dottrina avrà legami strettissimi. E certamente dopo la rivoluzione parlamentare del 1688, la *rule of law* sembra confondersi con la Supremacy of Parliament nell'assunto che il potere sovrano si identifichi nella potestà di legiferare alla quale tutti i poteri debbono conformarsi. E tuttavia la forza della *rule of law*, come strumento di protezione dei diritti nell'ordinamento inglese, non può essere ricondotta esclusivamente alla supremazia di un diritto soggetto soltanto a modifiche deliberate dal potere legislativo, ma deriva anzitutto dalla supremazia del diritto così come amministrato dalle Corti di giustizia, di un diritto pertanto del quale *statute law* e *case law* sono parti integranti e complementari. In una sentenza della *House of Lords* del 1991 si legge che la *rule of law* poggia su due pilastri, la *Sovereignty* della *Queen in Parliament* nella creazione del diritto e quella delle Corti reali nell'interpretazione e

¹⁴ Si può dire che in questo modo prende avvio un processo di avvicinamento tra common law anglo-americano e diritto europeo continentale; come nota M.G. LOSANO: <il common law sta conoscendo un estendersi degli statutes e delle consolidations a scapito del puro “judge-made law”, mentre la giurisprudenza va assumendo importanza crescente in molti paesi di civil law> (*I grandi sistemi giuridici*, Milano, 1978, p. 151).

applicazione del diritto”¹⁵.

Quel che rimane senz’altro fermo ed irretrattabile dell’eredità medievale è quanto le Corti hanno elaborato con riferimento alle libertà del cittadino e che, ancorché non fissato in un testo scritto, rappresenta la cornice costituzionale entro la quale opera lo stesso organo rappresentativo. Come osserva William Wade: “*the rule of law is a sacred constitutional principle, but like the conventions of constitution it is nowhere to be found in positive legal form. It is rather an ideal, residing in the spirit of constitution rather than in its letter*”.¹⁶

Ma ancora Dicey ribadisce che “nell’ordinamento costituzionale inglese non vi è alcun potere che possa competere con la sovranità legislativa del parlamento”,¹⁷ per cui egli respinge le tradizionali opinioni in merito alle possibili limitazioni dell’autorità parlamentare (primo tra tutti il limite prospettato da Coke nel *dictum* del *Bonham’s case* per cui un atto del parlamento non potrebbe contraddire ai principi del common law): “nessuna delle limitazioni che si dice siano poste per legge all’assoluta potestà del parlamento ha fondamento reale o trova sostegno nella raccolta ufficiale delle leggi o nella prassi delle Corti”.

Potrebbe sembrare che l’antica supremazia regia sia traslata nella visione di Dicey nella sovranità del parlamento come

¹⁵ P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. Nania e P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 123.

¹⁶ In *Administrative law- the problem of justice*, a cura di A. PIRAS, Milano, 1997, Vol. I.

¹⁷ DICEY, *op. cit.*, p. 59.

caratteristica fondamentale dell'assetto costituzionale inglese. Ma vi è la decisiva differenza che il sistema inglese, ancora nelle parole di Dicey, è ora permeato “del principio del dominio della legge sulla base del fatto che presso di noi i principi generali della costituzione sono il risultato di decisioni giurisprudenziali che hanno definito i diritti dei privati in particolari casi che sono stati portati alla cognizione delle Corti di giustizia”.¹⁸

Rimane dunque inalterata anche in questo passaggio storico la caratteristica più rilevante del sistema giuridico inglese: quella di sapersi muovere tra tradizione e innovazione, tra il mantenimento del patrimonio giuridico acquisito ed il suo necessario adattamento alle esigenze dei tempi.

Il punto è stato particolarmente sottolineato da chi ha insistito sul fatto che nella dottrina della *rule of law* è anche ravvisabile un <rifiuto completo della dottrina continentale del potere costituente: questo potere è insito nella stessa giurisdizione ordinaria, la Costituzione è l'insieme dei principi fondamentali rispetto ad altre regole più di dettaglio –in essa stabiliti- ossia dei principi di fondo dell'esistenza civile, ma non vi è alcuna trasfusione da un potere costituente ad un potere costituito, che si realizzi come fatto eccezionale e che fondi l'ordinamento, restando in qualche modo al di fuori di esso. Si tratta di una immanenza pura: nel sistema di Dicey e della *rule of law* semplicemente “non c'è spazio per alcun miracolo”>.¹⁹

¹⁸ DICEY, *op. cit.*, p. 162.

¹⁹ P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, Laterza 2013, p. 96; a conferma di questa notazione cfr. anche A. LAWRENCE LOWELL, *Il governo inglese*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, diretta da Attilio Brunialti,

Il che vuole dire appunto che nel caso inglese non si tratta soltanto di una esperienza di costituzione non scritta, ma anche di una vicenda costituzionale che prevede ed agevola il cambiamento, senza richiedere che questi cambiamenti debbano essere necessariamente certificati in un unico momento temporale ed in un atto singolo che dichiari la sua espressa volontà di distacco dal passato.

Altrettanto importante è osservare che questa linea evolutiva non è condizionata da specifiche (e tanto meno aggravate) procedure, come accade per le costituzioni scritte e rigide, atte ad assicurare che la trasformazione costituzionale non sia dettata da astratte pulsioni riformatrici, ma da esigenze reali che trovino corrispondenza nel modo di sentire attuale della collettività. Ciò significa che l'accettabilità del cambiamento da parte della common law, e la sua piena assimilazione nel quadro dei principi cardine del sistema, non dipende da regole formali ma dalla capacità di percepire i mutamenti in corso nella società dandovi seguito in sede giurisprudenziale ovvero in sede di produzione normativa.

Vi è ancora da dire che, nella dottrina della *rule of law* così come elaborata all'origine da Dicey, il valore prioritario di cui il principio è portatore è costituito dalla *legality* che richiede l'obbedienza alla legge sia da parte dei cittadini che da parte dei *public officials* che debbono farne applicazione nel rigoroso rispetto di quanto stabilito dalla legge stessa allo scopo di

Torino 1911, Vol. VI, p. 233, con particolare riferimento alle “convenzioni della costituzione” già prese in considerazione da Dicey, pp. da 231 a 244.

contenere al massimo l'esercizio della discrezionalità. Ad esso si accompagnano gli ulteriori *values* della *certainty* del diritto, della sua prevedibilità, della *formal equality*, dell'*accountability* a carico della pubblica amministrazione con l'impossibilità per essa di travalicare i poteri appositamente conferiti, ed infine i valori dell'accesso alla giustizia e del *due process of law*.

In particolare, almeno il criterio della *legality* sembrerebbe *prima facie* coincidere con il principio di legalità degli ordinamenti continentali; per quanto Dicey ne avesse voluto sottolineare le distanze in polemica con il sistema del *droit administratif* francese, ed in particolare con il debordante potere discrezionale di cui l'amministrazione sarebbe stata dotata, al punto da sottoporre a suo avviso i cittadini ad una supremazia pubblica persino incontrollabile ed imprevedibile. Da ciò deriva anche il netto rifiuto di un 'diritto amministrativo inglese' separato dal campo del diritto ordinario, e la riaffermazione orgogliosa del principio per cui in Inghilterra '*every official, from the Prime Minister to down to a constable or a collector of taxes, is under the same responsibility for every act done without legal justification as any other citizen*'.²⁰

Queste asserzioni sono state successivamente messe in dubbio da chi ha sostenuto che in Inghilterra, e già ai tempi di Dicey, vi fossero in realtà *colossal distinctions* tra la posizione dei comuni cittadini e quella degli organi amministrativi del *government* che godevano spesso di speciali esenzioni ed immunità che

²⁰ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, op. cit., p. 193.

giungevano sino a privare il cittadino di rimedi contro il potere dello stato “*in many cases where he most requires it*”.²¹

²¹ Si ricorda in particolare la critica di W. ROBSON, *Justice and Administrative Law*, 2nd edition, 1947, p. 343. Una critica alla concezione diceyana del diritto amministrativo si rinviene anche nella dottrina italiana in S. CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, n. 19, 1990, pp. 5-82; viene qui in particolare imputata a Dicey una conoscenza quantomeno superficiale del *droit administratif*, visto che la sua lettura degli autori francesi, soprattutto di Tocqueville, sarebbe stata non solo “incompleta” bensì priva di “comprensione storica”. L’Autore prosegue la sua critica evidenziando tre “errori” del giurista vittoriano: “È chiaro, dopo quanto si detto, che Dicey fece almeno tre «errori». In primo luogo, scambiò la giustizia amministrativa - un sistema giudiziario separato, chiamato a risolvere i conflitti tra privati e pubblica amministrazione - col diritto amministrativo. (...) In secondo luogo, confuse il diritto amministrativo autoritario col diritto amministrativo «tout court» e scomunicò il secondo, mentre voleva scomunicare il primo. In terzo luogo, ignorò - o finse di ignorare - la realtà amministrativa della seconda metà del secolo, che presentava alcuni caratteri tipici della prima fase di evoluzione del diritto amministrativo: poteri speciali attribuiti alle amministrazioni; attribuzione di poteri di autotutela; sottrazione di categorie di funzionari al controllo delle Corti; sottrazione delle decisioni amministrative al vaglio dei giudici: tutto ciò per assicurare l’effettività delle funzioni attribuite alle amministrazioni.” (pp- 79-80), sino a concludere osservando che “In Inghilterra, nella seconda metà del secolo scorso, c’erano gli elementi costitutivi di un diritto amministrativo. Ciò che mancò, perché un ramo del diritto con quel nome fosse riconosciuto e si sviluppasse, fu l’opera ordinatrice della dottrina e della giurisprudenza”, attribuendo a Dicey addirittura il demerito di aver impedito, o quantomeno ostacolato, “lo sviluppo di una scienza del diritto amministrativo che, a sua volta, ma effettivamente, non fece sviluppare il diritto amministrativo, inteso come istituti, classificazioni, insieme di regole che governano i rapporti tra amministrazione e privati” (p. 80).

Per un ulteriore riscontro di questa tesi cfr. Id., *La ricezione di Dicey in Italia e in Francia. Contributo allo studio del mito dell’amministrazione senza diritto amministrativo*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, n. 1, 1995, pp. 107-131. A proposito della distinzione tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa si veda M. D’ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, 67, il quale osserva che gli “*administrative tribunals*, le cui radici risalgono al secolo XVII, non hanno la natura di autentiche Corti di giustizia. Si tratta, all’origine, di corpi amministrativi ai quali appositi *statutes* attribuiscono il potere di *adjudication* in determinati settori: si va dal lavoro nelle fabbriche, ai sussidi di disoccupazione, alle pensioni, all’istruzione, alla sanità,

Simili esempi sarebbero rinvenibili già nei Commentari di Blackstone dove si individua la Corona come *person of public law*, facendosi discendere da tale qualificazione privilegi che costituiscono altrettante eccezioni alle regole della common law.

Per quanto tale qualifica rimanesse comunque circoscritta alla sola Corona, mentre altre autorità, come le *local authorities*,

all'edilizia, alla pianificazione delle città. Le decisioni dei *tribunals*, sovente simili alle pronunce giudiziali, a volte più somiglianti ad atti amministrativi, in in una prima fase sono largamente sottratte al controllo delle Corti ordinarie”.

A partire dalla seconda metà del 900 anche in Inghilterra vi è stata in effetti una progressiva specializzazione degli organi competenti a risolvere le controversie tra cittadini e potere, sino alle riforme più recenti degli *Administrative Tribunals*, sviluppo che confermerebbe l'espansione di un diritto amministrativo inglese come diritto separato rispetto alla '*regular law*', su cui Dicey faceva esclusivo affidamento, soprattutto nel campo del *welfare state*.

Tra le riforme più recenti particolare importanza assume il *Tribunals, Courts and Enforcement Act* del 2007 con il quale le competenze di una pluralità di *tribunals* operanti in vari settori sono state concentrate in capo a due organi di carattere generale, ovvero il First-tier Tribunal e l'Upper Tribunal. Tuttavia la giurisdizione amministrativa ha comunque conservato, nel solco della tradizione di cui Dicey si era fatto portavoce, un collegamento molto stretto con la *private law*: non solo infatti tali tribunali sono in parte formati da giudici provenienti dalle Corti ordinarie, ma il giudizio stesso dell'Upper Tribunal può essere sottoposto al *judicial review* delle Corti ordinarie e specificamente della High Court. Il collegamento con la giurisdizione ordinaria di prima istanza è poi ancora accentuato dalla previsione di una particolare procedura di trasferimento dei ricorsi di *judicial review* dalla High Court all'Upper Tribunal, in modo tale da ridurre in determinati casi (per materie predefinite dal *Lord Chief Justice* o su indicazione della stessa High Court) il contenzioso dinanzi alle Corti ordinarie.

Bisogna a questo punto evidenziare che proprio in sede di *judicial review* le Corti hanno potuto elaborare un sistema di controllo giurisdizionale sull'attività della pubblica amministrazione sino a vagliare sia la sostanza della decisione effettuata che la forma e la modalità con cui l'amministrazione è giunta a quella decisione; Cfr H. WOLF- J. JOWELL- A. LE SEUR, *De Smith's judicial review*, London, 2007, p. 3, in cui si osserva come: “*over a relatively short period, English courts reduced the zone of immunity from legal challenge formerly surrounding a great deal of action by public authorities. The task involved the jettisoning of many of conceptual barriers and disfiguring archaism which had inhibited the development of effective judicial review*”.

diversamente dagli ordinamenti continentali, venivano ritenute soggetti privati, e più precisamente inquadrate come *corporations*, e non già come soggetti pubblici.

Al di là di questi aspetti più specifici sui quali non è possibile soffermarsi in questa sede, non si può disconoscere che nella visione originaria della *rule of law*, la legge parlamentare sembra incarnare l'unica manifestazione di potere pubblico contemplata dal sistema, davanti alla quale altro non può esservi se non un rapporto di obbedienza e di puntuale applicazione, ma finendo in tal modo per oscurare il margine decisionale comunque presente nella fase di attuazione della volontà legislativa.

Non a caso, negli anni recenti si registra, ad avviso di molti, un cambiamento molto significativo nel sistema del diritto amministrativo inglese che segna il superamento di quella antica illusione: l'affermarsi di un *general principle of legality*²² che opera da un lato come “*duty on administrative decision-makers to give reasons for their decisions*” e dall'altro come “*duty on judges to defer to those reasons to the extent that they refrain from reviewing on a correctness standard*”, e venendo così a configurarsi “*as a constitutional principle, one that will in a sense constitutionalise administrative law*”.

È importante rilevare subito che la trasformazione di cui sopra, confermata ad esempio dalla decisione *R v Secretary of State for the Home Department, ex p. Simms* [2000], laddove si parla da parte di Lord Hoffmann della *constitutionalization* del diritto

²² D. DYZENHAUS, M. HUNT e M. TAGGART, *The Principle of Legality in Administrative Law: Internationalisation and Constitutionalisation*, Oxford, in *University Commonwealth Law Journal*, 2001, n. 5.

amministrativo, si ritiene sia stata favorita e forse resa necessaria dallo Human Rights Act. Esso difatti avrebbe introdotto una *cultur of justification* a carico del governo e della pubblica amministrazione quando essi operino delle restrizioni nei confronti dei diritti tutelati dalla Convenzione; a tale proposito è stata individuata la nascita di una nuova *common law of judicial review* che ha determinato “*a judicial updating of the common law’s stock of values to include human rights*”, sicché i giudici sarebbero ora i veri “*guardians of the values that sustain the relationship between individual and state, in which the individual is understood as the bearer of human rights*”.²³

Una prospettiva questa senz’altro condivisa da chi ritiene che lo Human Rights Act, spingendo verso il rinnovamento delle precedenti accezioni della *rule of law*, abbia le potenzialità di realizzare “*a long overdue reconfiguration of (...) public law around [the] important concept of justification, reconceiving our conceptions of law and legality away from formalistic concepts such as the historic will of Parliament, the separation of powers and ultra vires towards more substantive concepts of value and reason*”.²⁴

Si tratta dunque del superamento della nozione puramente formale della *rule of law*, intesa appunto come istanza di rispetto delle regole poste dalla legge, nella direzione di una *rule of law* che abbia un più ampio campo di azione e che soprattutto sia

²³ D. DYZENHAUS, *The Rule of (Administrative) Law in International Law*, 68 *Law & Contemporary Problems*, 127, 2005, p. 139.

²⁴ M. HUNT, ‘*Reshaping Constitutionalism*’, in J. Morison, J. Mcevoy e G. Anthony (eds), *Judges, Transition and Human Rights*, Oxford University Press, 2007, p. 470.

portatrice di valori e di principi sostanziali, anzitutto quelli posti a tutela delle libertà e dei diritti dei singoli. È chiaro che ciò dovrebbe comportare, come è stato subito evidenziato in sede dottrinale, anche il superamento di quelle “*rigid doctrinal barriers to judicial review*” che avevano in passato costretto i giudici ad un atteggiamento di *deference* rispetto agli organi politici.²⁵

Ma che non si tratti di un percorso agevole lo esemplifica di per sé la decisione assunta dal Lord Justice John Laws nel caso *International Transport Roth GmbH*²⁶ dove il Lord Justice evidenzia l’esistenza di una scala di *deference* esigibile dagli indirizzi giurisprudenziali, al cui apice figura la legge primaria, vale a dire *statutes* ed *acts of parliament*, rispetto alla quale lo spazio interpretativo dei giudici dovrebbe essere il più possibile ridotto; con il rischio, da taluni messo in luce, di un “*non-justiciability dressed in pastel colours*”,²⁷ e dunque di un mascheramento della sostanziale abdicazione al controllo giurisdizionale.

²⁵ La frase è utilizzata da T.R.S. ALLAN in *Human Rights and Judicial Review: A Critique of “Due Deference”*, 2006, 65 CLJ, p. 671.

²⁶ *International Transport Roth GmbH v Secretary of State for the Home Department*, 2002, EWCA Civ 158; 2003 QB 728, at 81-87.

²⁷ T.R.S. ALLAN, *op. cit.*, p. 682.

3. *La polemica inglese sulla concezione continentale dei diritti*

A parte queste anticipazioni sulle quali si tornerà successivamente, si può agevolmente comprendere il motivo per il quale l'esperienza inglese in materia di libertà e di diritti sia stata a lungo caratterizzata da un paradigma assai diverso da quello prevalente nell'Europa continentale: ossia l'autentica ostilità nei confronti di una catalogazione scritta delle libertà dell'*englishman* il cui riconoscimento e la cui difesa sono piuttosto consegnate alla tradizione della common law così come interpretata dalle Corti e come attualizzata nelle decisioni dell'organo rappresentativo.²⁸

²⁸ Peraltro l'esperienza inglese ed il suo rifiuto per le dichiarazioni scritte dei diritti influenzerà anche l'esperienza costituzionale statunitense soprattutto nel momento della sua formazione, seppure, come noto, essa prende avvio da un documento scritto di natura costituzionale che si qualifica "legge suprema" ed in cui trovano esplicito riconoscimento tutte le libertà fondamentali del cittadino comprese quelle che attengono alla sfera economica.

Eppure si può ricordare quanto affermava Hamilton nella raccolta di saggi scritti in difesa della Costituzione degli Stati Uniti d'America approvata il 17 settembre 1787 dalla Convenzione federale nelle more della sua ratifica da parte degli Stati, che diventerà una sorta di interpretazione autentica della Costituzione americana: "Noi popolo degli Stati Uniti, allo scopo di garantire a noi e ai nostri posteri i benefici della libertà, questa Costituzione ordiniamo ed instauriamo per gli Stati Uniti d'America. Ecco qui il migliore riconoscimento dei diritti del popolo, più efficace di volumi interi di quegli aforismi che tanta parte hanno in molte Dichiarazioni dei Diritti dei nostri Stati e che invece andrebbero collocati meglio in un trattato di morale che non in una costituzione" (HAMILTON- JAY-MADISON, *Il Federalista*, (1788), trad. it., Pisa, 1955, p. 590). Ed è interessante notare che questo scetticismo nei confronti della tradizione delle Carte dei diritti nasceva dall'idea che l'esempio inglese dimostrasse come le petizioni e le dichiarazioni dei diritti fossero "nate come contratti tra i re ed i loro sudditi, come rinuncia a prerogative in favore di privilegi, come riserva di diritti non rassegnati nelle mani dei principi (...) tale la Magna Charta ottenuta dai baroni, con la spada in mano, da Re Giovanni (...)" (p. 589). Per cui "stando al loro

significato originario tali dichiarazioni non possono inserirsi nelle Costituzioni che poggiano espressamente sul potere del popolo e vengono attuate dai diretti rappresentanti e servitori di questo (...) nel nostro caso, a stretto rigor di termini, il popolo non demanda niente, e mantenendo ogni potere nelle proprie mani, non è necessaria da parte sua nessuna riserva” (HAMILTON- JAY- MADISON, *op. cit.*, p. 590). Ma è anche utile aggiungere che questa idea si accompagna a quella per la quale un’apposita dichiarazione dei diritti alla fine sarebbe non soltanto “superflua” per la Costituzione, ma addirittura potrebbe “dimostrarsi pericolosa” e ciò perché “essa infatti conterrebbe allusioni a poteri che la stessa non contempla e per questo motivo offrirebbe dei comodi sotterfugi a chi desiderasse rivendicarli. Infatti perché mai altrimenti dichiarare illegittime alcune azioni per le quali non esiste il corrispondente potere?” (*ibidem*, p. 590). Il riferimento specifico in effetti era alla libertà di stampa (“perché infatti dichiarare che la libertà di stampa non dovrà essere limitata se non si conferisce alcun potere in grado di limitarla?”), ma il ragionamento può essere allargato. Vale a dire che questa contrarietà alla dichiarazione dei diritti fa emergere un ideale di riduzione massima dei poteri pubblici e della loro possibilità di interferenza nelle libertà dei cittadini che ha fortemente pesato negli sviluppi successivi di questo ordinamento, anche a prescindere dal fatto che l’impostazione in esame è stata superata dai successivi emendamenti che vanno sotto il nome di Dichiarazione americana dei diritti, introdotti a partire dal 1791 (e, con riferimento, a quelli XIII, XIV, XV, nella seconda metà dell’ottocento). Per altro verso, si deve osservare che la tesi del *Federalist* è strettamente legata anche ad un altro importante presupposto, cui già si accennava: ossia che il mantenimento della superiorità e della rigidità della Costituzione con riferimento soprattutto ai diritti dei cittadini sarebbe stata rimessa alle Corti di giustizia che diventavano “i baluardi di una Costituzione rigida contro i possibili soprusi legislativi; per cui l’autonomia dei giudici si presentava come necessaria “a salvaguardare la Costituzione ed i diritti degli individui dalle conseguenze di quei malumori, che le male arti di uomini manovrieri, o l’influenza di particolari situazioni, potrebbero talora disseminare fra lo stesso popolo (...); non essendo ammissibile che i rappresentanti del popolo possano “violare alcuni degli articoli della Costituzione ogniquale volta una maggioranza dei loro elettori dovesse, momentaneamente, nutrire degli intendimenti incompatibili con tali articoli (...)” (cfr. G. AMBROSINI, *La costituzione americana nel costituzionalismo moderno*, introduzione a *Il Federalista*, Pisa, 1955, p. CXVI). È molto chiaro dunque che non è la scrittura del testo costituzionale ad assicurare la difesa dei diritti individuali, che potrebbero anche non essere tanto dettagliati, ma l’attività dei giudici cui viene a spettare l’opera di contenimento degli organi politici rispetto agli eccessi di intervento cui potrebbero essere sollecitati dagli umori popolari.

Viene in tal modo confermato che alle origini del costituzionalismo statunitense vi è un’espressione di grande fiducia nei confronti del ruolo della branca

Ovviamente, non si possono dimenticare documenti quali la *Magna Carta* del 1215, il *Petition of Rights* del 1628, il *Bill of Rights* del 1689 che hanno contribuito in maniera senz'altro decisiva allo sviluppo della storia costituzionale inglese dal punto di vista della tutela dei diritti degli individui, primo tra tutti il diritto all'*habeas corpus*. Non di meno, come sottolinea Simpson, tali documenti per quanto *venerable* avevano cessato di avere un significato che andasse oltre quello puramente culturale e storico-giuridico, non potendo essi vantare più nessun ruolo nella "*legal and political life*", tanto che secondo l'Autore "*reference to them in the courts is virtually unknown*".²⁹

Bisogna poi aggiungere che gli stessi documenti citati in precedenza, seppure scritti, non possedevano comunque le caratteristiche proprie delle dichiarazioni di diritti di stampo continentale. A tale proposito basti ricordare quanto, in età *mid-victorian*, scriveva Walter Bagehot nella sua opera più nota a proposito della *Magna Carta*, ovvero che in essa "l'idea di nuove disposizioni era secondaria perché si trattava di un misto di vecchio e nuovo; era una specie di contratto che chiariva i dubbi originati dal mutamento delle consuetudini, e fu emendato più e

giudiziaria, in quanto priva di "spada" e di "borsa" (G. AMBROSINI, *op. cit.*, p. CXVII), nel solco di una tradizione che si collega direttamente alla più antica esperienza della madrepatria.

²⁹ A.W.B. SIMPSON, *Human Rights and the end of the Empire: Britain and the genesis of the European Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 14. L'Autore in particolare sottolinea che "*by 1950 these venerable documents had long ceased to enjoy anything more than historical significance; in no sense did they occupy the role in legal and political life of, for example the US Bill of Rights. I doubt if most british lawyers have ever read any of them, except pheraps in a school history course, and reference to them in the courts is virtually unknown*".

più volte, come avviene per i confini, rendendo certi e liberando da sempre nuovi ostacoli diritti e pretese che rischiano altrimenti di cadere in desuetudine”. Peraltro questo approccio viene esteso dall’Autore agli altri “provvedimenti” di quell’epoca risalente che “non fissano autoritativamente che cosa sarà il diritto futuro, ma si limitano a fissare ciò che è il diritto vigente: sono dichiarazioni di usi e consuetudini immemorabili, non enunciazioni di nuovi obblighi”.³⁰

Considerazioni simili si trovano anche nella dottrina italiana laddove si è ritenuto che <tutte le più importanti Carte dei diritti inglesi (...) non dichiarano di istituire nuovi diritti, ma, pur se in effetti proprio questo era il loro scopo, nella loro forma espressiva si richiamano sempre agli ‘antichi diritti e libertà’ degli Inglesi, vale a dire ai diritti radicati in norme (per lo più non-scritte) preesistenti o anteriori alle stesse Carte, diritti che queste erano chiamate semplicemente a riconoscere o ‘confermare’. Che fosse storicamente vero o falso, ciò sta in ogni caso a significare che l’idea positiva posta a base del riconoscimento di quei diritti consisteva nel radicamento degli stessi in norme intangibili e imm modificabili da parte dei poteri costituiti, in quanto diritti di ogni ‘uomo libero’ erano considerati come parti vitali della tradizione posta a fondamento della particolare identità storica, politica e giuridica del popolo inglese>.³¹ Analogamente si è detto, con riferimento particolare al Bill of Rights, che,

³⁰ W. BAGHEOT, *La Costituzione inglese*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1995, p. 255

³¹ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XII, 1989, p. 2.

diversamente dalla Proclamazione francese del 1789, esso non sarebbe altro che un documento “formulato ad ideale riepilogo ed a perenne, esplicita riconferma di tutta la produzione precedente in materia di libertà degli inglesi”.³²

Tornando al pensiero giuridico inglese, è da ricordare la durissima critica mossa da Jeremy Bentham, nel suo saggio dal titolo *The Anarchical Fallacies*, alla Dichiarazione francese: una critica nella quale risuonano i motivi classici della visione inglese del tema della tutela dei diritti. Innanzitutto, ci si riferisce alla censura mossa al carattere oppositivo nei confronti dello Stato che sarebbe stata impressa ai diritti nella prospettiva francese, e per di più senza nemmeno la previsione di adeguati strumenti che permettessero un loro effettivo *enforcement* dinanzi ad un giudice (un paradosso quello degli *unenforceable rights* che fa proferire al giurista-filosofo inglese la famosa frase “*nonsense on stilts*”). In secondo luogo, è da evidenziare il dissenso nei confronti della presunzione di voler attribuire la titolarità dei diritti non soltanto ai *frenchmen* ma addirittura a tutti i membri dell’umanità: ciò che, nota ironicamente, avrebbe dato ai Francesi “*the pleasure, the*

³² A. TORRE, *Interpretare la Costituzione Britannica*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 286; l’Autore estende peraltro il discorso anche agli altri documenti, dalla *Magna Carta* in poi, ritenendo che il loro scopo non fosse in effetti quello di definire “i diritti dell’uomo secondo una prospettiva universale e pseudo-religiosa”.

A proposito del Bill of Rights si rammenta come esso sia stato visto anche come un documento di ispirazione contrattualista, dal momento che esso “contiene chiare limitazioni al potere regale, ed è un vero e proprio contratto fra il re e il popolo, rappresentato dal Parlamento, anche se nel contenuto è assai poco innovatore rispetto alla vecchia prassi costituzionale inglese. Questo documento venne chiamato Dichiarazione dei diritti solo perché la parola contratto sembrò troppo rivoluzionaria”; così N. MATTEUCCI, *Contrattualismo*, in *Dizionario di Politica*, diretto da N. Bobbio e N. Matteucci, Torino, Utet, 1976, p. 245.

sort of titillation so exquisite to the nerve of vanity in a French heart - the satisfaction...of teaching grandmothers to suck eggs".³³

Sulla stessa linea il giurista inglese sottolineava, inoltre, che era proprio in Inghilterra che era nata “questa affermazione dei diritti dell’uomo”; tuttavia per gli inglesi la parola “diritto” aveva assunto un significato completamente diverso da quello che le era stato attribuito dai francesi. In particolare secondo l’A. l’unico significato da attribuire alla parola diritto sarebbe quello *legale*: “la legge mi dà il diritto di disporre dei miei beni: ecco il significato legale, l’unico che gli si dovrebbe dare”; totalmente errate sarebbero dunque le affermazioni di cui la Dichiarazione francese è permeata che si basano sull’assunto che la legge deve rispettare un qualche tipo di diritto naturale, dal momento che in questo modo <si fa uso della parola “diritto” con un significato superiore alla legge: si riconosce un diritto che attacca la legge, la sovverte, la distrugge. Sotto questo significato, questa parola costituisce l’arma più pericolosa dell’anarchia>.³⁴

³³ J. BENTHAM, *The Anarchical Fallacies*, vol. 2 of Bowring (ed.), Works, 1843.

³⁴ J. BENTHAM, *Esame critico della Dichiarazione dei Diritti dell’Uomo e del Cittadino*, trad. it. a cura di Pietro Crespi, in *Sofismi Politici*, Milano, Bombiani, 1947, p. 273. Il saggio in esame fu scritto immediatamente dopo gli avvenimenti della Rivoluzione francese e dato alle stampe la prima volta nel 1816. Il giurista inglese analizza la Dichiarazione in particolare dagli art. I a XVII al fine di evidenziare la filosofia errata che essa voleva propugnare; si riporta qui un passo significativo: "Il primo errore dei legislatori francesi fu di cominciare dalla fine, di stabilire cioè delle preposizioni generali senza curarsi delle leggi particolari che vi erano contenute. La generalizzazione precepitata! Il grande inciampo della vanità umana, scoglio sul quale più di un uomo di genio ha fatto naufragio, funesto ostacolo che ha così alungo compromesso il progresso delle scienze". L’A. continua opponendo all’esperienza francese quella del Parlamento inglese

Emerge dunque l'indisponibilità ad accettare una Carta di diritti destinata a svolgere più che altro una funzione meramente simbolica o astrattamente filosofica, interessata quindi a rimarcare la distanza ideale dal precedente regime assolutistico ma non a dar vita ad un documento *legal* creativo di diritti immediatamente azionabili; eppure, sottolinea ancora Bentham, <il diritto reale è la creatura della legge: le leggi reali danno origine ai diritti reali; e questa specie di "diritto" è l'amico della pace, il protettore di tutti, l'unica salvaguardia del genere umano>, mentre il diritto inteso in senso giusnaturalista "è la creatura chimerica di una legge immaginaria, una presunta legge della natura, una metafora usata dai poeti, dai retori e dagli avvocati da strapazzo".³⁵ Una indisponibilità questa che nasce appunto dal convincimento della superiorità della tradizione inglese, dove mai è stata coltivata la propensione a generiche enunciazioni di diritti che non fossero sostenute, come si è già detto, da strumenti e rimedi effettivi che ne permettessero l'*enforcement* dinanzi alle Corti di common law.

Simili critiche sono quelle mosse alla Dichiarazione francese da

che "ha sempre manifestato una ripugnanza estrema contro le proposizioni astratte, contro i cosiddetti principi generali. Questa diffidenza è ben comprensibile. È il timore di vedere introdurre nelle questioni degli argomenti che non vi si addicono, è il timore di impegnarsi più di quanto non si voglia e di trovarsi in seguito coinvolti in contraddizioni inevitabili" (p. 270).

Questi concetti si ritrovano peraltro nel pensiero di Dicey, laddove egli, in un passaggio molto noto, evidenziava come molti *foreign constitution-makers* fuorviati dall'idea che compito del legislatore fosse "*to lay down general principles of law*", trascurassero l'assoluta necessità "*for the provision of adequate remedies by which the rights they proclaimed might be enforced*"; cfr., A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, ed. Roger E. Michener, London, Liberty Fund 1982, p. 152.

³⁵ J. BENTHAM, *ibidem*.

Burke, il quale non nega l'esistenza di alcuni diritti naturali ma afferma che "il governo non sussiste in virtù di diritti naturali, che possono e devono esistere in modo indipendente da esso". Tali diritti esistono dunque a livello puramente teorico ma "questa loro perfezione teorica è il correlato di una imperfezione pratica" che si manifesta nell'impossibilità di ritenere che essi possano essere trasferiti sul piano pratico senza una "grande varietà di rifrazioni e di riflessioni che diventa assurdo parlare di essi come se continuassero nella loro direzioni di origine...".³⁶

Nello stesso senso si muovono al riguardo le parole di Dicey quando osserva: "*there is in the English constitution an absence of those declarations or definitions of rights so dear to foreign constitutionalists. Such principles, moreover, as you can discover in the English constitution are, like all maxims established by judicial legislation*". E si può evincere già da queste poche righe che la concretezza del diritto, come precipitato del principio della *rule of law*, è connaturata ad un sistema nel quale i diritti nascono a partire dalla dimensione applicativa, sicché la stessa legge parlamentare "*bear a close resemblance to judicial decisions, and are in effect judgments pronounced by the High Court of Parliament*" e persino la *Law of the Constitution* non è che "a

³⁶ E. BURKE, *Riflessioni sulla rivoluzione francese*, Bologna, Cappelli, 1930, pp. 140 ss.; sulla stessa linea uno studioso del pensiero di Edmund Burke afferma che "*Rights to political power were not natural, such rights were acquired not through the contract but through experience (i.e. history) and according to circumstances...Natural rights could only exist in society; they are not anterior to it. For Edmund Burke the rights were not legal or personal matters, but the residue of experience and time, enshrined in the institutional apparatus of society...*" (F. O'GORMAN, *Edmund Burke. The political philosophy*, London, Allen e Unwin, 1973, pp. 116 e 117).

generalization of the rights which the Courts secure to individuals".³⁷

La stessa *statute law*, peraltro, non si esaurisce in proposizioni astratte e generali al pari di quelle "*imaginary laws*" e delle "*laws of nature, fancied and invented by poets, rhetoricians, and dealers in moral and intellectual poisons*", dalle quali non possono derivare altro che "*imaginary rights*" a differenza di quanto avviene nel sistema inglese dove "*from real laws come real rights*".³⁸

³⁷ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, ed. Roger E. Michener, Liberty Fund 1982, p. 152.

³⁸ Continua qui la polemica di Jeremy Bentham contro il giusnaturalismo francese: "*It is in England rather than in France that the discovery of the rights of man ought naturally to have taken its rise: it is we--we English, that have the better right to it...Our right to this precious discovery, such as it is, of the rights of man, must, I repeat it, have been prior to that of the French. It has been seen how peculiarly we are in materials for making it. Right, the substantive right, is the child of law: from real laws come real rights; but from imaginary laws, from laws of nature, fancied and invented by poets, rhetoricians, and dealers in moral and intellectual poisons, come imaginary rights*". Cfr. J. BENTHAM, *The Anarchical Fallacies*, par. 68.

4. *L'incremento della funzione legislativa e la nostalgia per l'antica common law*

I paradigmi dell'assetto costituzionale inglese che si sono visti in precedenza, assieme all'impostazione diceyana che individua nel principio della *rule of law* la pietra angolare dell'intero sistema giuridico, restano in realtà indenni nel passaggio tra il XIX ed il XX secolo, nonostante alcuni cambiamenti che sembravano poterne alterare l'impostazione di fondo.

Ci si riferisce in primo luogo a quelle riforme che sanciscono definitivamente il carattere rappresentativo del Parlamento inglese, nonché la superiorità della House of Commons, e che dunque avrebbero potuto comportare un accentramento in quell'organo delle istanze di tutela delle libertà e dei diritti dei cittadini.³⁹

³⁹ Tra le riforme più importanti si ricorda, per la grande influenza che ebbe anche sulle riforme successive, il *Great Reform Act* del 1832 che estese significativamente la rappresentanza in Parlamento anche a quella parte di popolazione che sino ad allora era rimasta pressoché esclusa dal circuito politico. Si ricorda poi, tra le riforme del XX secolo, il *Parliament Act* del 1911, che limitò il potere di veto sospensivo della House of Lords nell'ambito del processo legislativo e stabilì la durata in carica del Parlamento a cinque anni; con il successivo *Parliament Act* del 1949 la durata del veto sospensivo venne ridotta da due anni ad un anno (limite già in vigore per i *money bills*). Molto importante è poi la riforma del sistema elettorale avvenuta nel 1919 con il *Representation of the People Act* che estese il suffraggio a tutti gli uomini dai ventuno anni di età ed alle donne dai trent'anni di età (nel 1928 il suffragio venne infine esteso anche alle donne dai 21 ai 30 anni di età). Sul tema delle riforme istituzionali in relazione alle nuove richieste provenienti dalla società inglese ha sottolineato Claudio Martinelli come “a partire almeno dal XIX secolo” ai tipici caratteri dell'ordinamento britannico “si sia affiancato il portato della legislazione parlamentare. Sulla spinta delle riforme di ispirazione benthamiana, in particolare del *Great Reform Act 1832* (...), che innescano un radicale processo riformatore della forma di governo, dando gradualmente vita a quello che

Parrebbe così prendere piede l'idea per cui lo sviluppo della common law non potesse più poggiare essenzialmente sull'opera delle Corti, ma su di una base giuridica più solida in grado di assicurare certezza alla consistenza e alla tutela dei diritti. Ciò soprattutto con riferimento alla categoria dei diritti sociali che, avendo avuto nel Regno Unito una storia molto diversa da quella che ne ha caratterizzato la comparsa nell'Europa continentale, solo a partire da un'epoca più recente vedono i giuristi anglosassoni utilizzare il concetto di *social rights*; d'altra parte, è ampiamente noto che in passato la qualifica di 'diritto' in senso soggettivo era nata nella giurisprudenza delle Corti di common law per tutelare le tradizionali libertà del cittadino, mentre i vantaggi derivanti dalle prestazioni della legislazione sociale non davano luogo a diritti in senso proprio.⁴⁰

chiamiamo *Westminster model*, le forze politiche stabiliscono un solido radicamento territoriale che prima non avevano e, di conseguenza, il Parlamento acquisisce una spiccata capacità rappresentativa che costituirà il motore politico dell'incremento della funzione legislativa", proprio al fine di realizzare "un'evoluzione che da sola la tradizione di common law non era più in grado di assicurare non disponendo di strumenti sufficienti per rispondere alle esigenze sociali determinate dalla rivoluzione industriale"; cfr. C. MARTINELLI, *Brevi riflessioni sulla rule of law nella tradizione costituzionale del Regno Unito*, in *Diritti Comparati*, 8 giugno 2017.

⁴⁰ Su questo aspetto cfr. S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 170-172; per una disamina dei *social rights* nella dottrina inglese cfr. K.D. EWING, *The Case for Social Rights*, in T. Campbell, J. Goldsworthy e A. Stone (ed.), *Protecting Human Rights. Instruments and Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 324-329; la questione è stata particolarmente approfondita per quanto riguarda il tema del diritto del lavoro ancora da K.D. EWING, *The Human Rights Act and Labour Law* (1998) 27 *Industrial Law Journal* 275 e da V. MANTOUVALOU, *Human Rights and Unfair Dismissal: Private Acts in Public Spaces*, (2008), 71 *Modern Law Review* 912.

A parte gli ulteriori aspetti della forma di governo inglese che non possono essere qui considerati⁴¹, va ricordato il forte dissenso

⁴¹ Ci si riferisce alla strutturazione del sistema politico in senso bipolare che ha concorso a valorizzare il ruolo del Gabinetto ed in particolare del Primo Ministro e che in qualche caso è apparso piuttosto un fattore di ridimensionamento della posizione di prestigio del Parlamento. Al riguardo, cfr. H.J. LASKY, *L'evoluzione attuale del regime rappresentativo*, in H.J. Lasky, C. Borgeaud, F. Larnaude, G. Mosca e M.J. Bonn, *L'evoluzione attuale del regime rappresentativo. Cinque risposte a un'inchiesta dell'Union Interparlamentaire*, a cura di C. Cassina, Bologna, Il Mulino, 2011; l'Autore inglese sottolinea in particolare che mentre "le questioni politiche si prestano a una discussione generale e non comportano problemi eccessivi, di dettaglio o di tecnica (...), le questioni economiche (...) essendo soprattutto questioni di dettaglio, non si prestano facilmente a una discussione generale", ne consegue un "predominio crescente del potere esecutivo, un fenomeno accentuato dalla guerra ma che risale all'anteguerra. In termini generali, l'assemblea legislativa moderna ha smesso di legiferare e si è limitata, soprattutto nei periodi di crisi, a registrare la volontà del potere esecutivo di turno." (pp. 33-35).

La critica alla forma di governo inglese risulta peraltro strettamente legata nel pensiero di Lasky ai mutamenti della rappresentanza politica; ha notato a tale proposito Paolo Ridola che "diversamente da Bagheot, Laski intuiva che il tentativo di coniugare la concentrazione del potere politico con una competizione stabilmente organizzata dai partiti era divenuto problematico, poiché alla dissoluzione delle concezioni monistiche della sovranità si era sostituita una complessa trama unificante fondata sulla lealtà e sul compromesso nelle relazioni fra i gruppi sociali"; da queste premesse deriva che "tale regime non realizzava più per Laski una forma di concentrazione del potere politico, ma di stabilizzazione del compromesso fra i partiti", il che permetteva "attraverso un gioco di regolari alternanze, di esprimere un governo e di mantenerlo al potere". Non può sfuggire qui "l'intima connessione" del pensiero di Laski "con il bipartitismo e con un alto grado di organizzazione politica della società civile", in un modello che "egli riteneva capace di imporre il primato della politica sulla <manoeuvre> e di consentire all'opinione pubblica non solo di influenzare la politica dei partiti, ma di assicurare al governo la <direction dominante>". Il filo conduttore della riflessione di Laski è rinvenuto dunque nel fatto che "l'elevato grado di stabilità richiesto dalle trasformazioni della società e dall'ampliamento dei compiti dello stato indirizza verso una stretta compenetrazione fra le regole del parlamentarismo e l'organizzazione politica", senza dimenticare peraltro come "alla riflessione di Laski si possa sicuramente imputare un eccesso di ideologia, poiché essa era intimamente legata all'atmosfera culturale del laburismo e del socialismo pluralista anglosassone degli anni trenta", senza però

espresso, in presenza di questa inarrestabile affermazione dell'intervento legislativo, nei confronti dell'idea che lo strumento della legge scritta fosse la soluzione più idonea ad assicurare il maggiore livello di tutela della libertà e dei diritti degli individui. A tale proposito si può ricordare il pensiero di uno degli studiosi italiani più attenti al mondo anglosassone, Bruno Leoni, il quale, nel 1961 nella prima edizione dell'opera *Freedom and the Law*, notava come “la *common law* dei paesi anglosassoni e le Corti di giustizia ordinarie” stessero costantemente “perdendo terreno a favore della legge scritta e delle autorità amministrative”.⁴²

La proliferazione della legislazione ai suoi occhi “sembra un rimedio veloce, razionale, e di ampia portata contro ogni genere di male e di inconvenienza, se paragonato, ad esempio, alle

sminuirne l'importante contributo alla storia del dibattito sul governo parlamentare inglese; cfr. P. RIDOLA, *Organizzazione della politica e forma di governo parlamentare*, in *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011, pp. 162-163.

È da notare che anche il solido sistema bipartitico inglese è entrato in crisi quando, nel 2010, per la prima volta il sistema elettorale non è riuscito ad assegnare la maggioranza dei seggi ad un partito; ciò fu causato, come noto, dal grande successo ottenuto dal terzo partito, il Liberal party, il che costrinse a formare un governo di alleanza tra i tre partiti maggiori. Come sottolinea Andrea Buratti ciò “*brought changes in the powers of the Premier (...) as well as in the rules on the relationship between the legislative and the executive branches*” (cfr. A. BURATTI, *Western Constitutionalism, An Introduction*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 118); significativo ancora in questo senso che il Parlamento nel 2011 dovesse approvare il *Fixed Term Parliament Act*, che, riducendo il potere del Primo Ministro di decidere lo scioglimento della House of Commons, suona come una riaffermazione del potere legislativo in un momento di crisi del sistema dei partiti, anche se nelle successive elezioni del 2015, come si sa, nuovamente il sistema fu in grado di decretare una forte maggioranza a favore del partito Conservatore di David Cameron.

⁴² B. LEONI, *La libertà e la legge*, Macerata, Liberilibri, 1997, trad.it, p. 7.

decisioni giudiziali, alla soluzione delle dispute da parte di arbitri privati, alle convenzioni, ai costumi e ad altri tipi di sistemazioni spontanee da parte degli individui”; ma dal suo punto di vista sconta il grave difetto di essere uno strumento “troppo veloce per essere efficace, troppo imprevedibilmente ampio per essere del tutto benefico, e connesso troppo direttamente con le opinioni e gli interessi contingenti di un manipolo di persone – i legislatori, chiunque essi siano – per essere un rimedio per tutti gli interessati”. Siamo dunque dinanzi ad una visione opposta rispetto a quella della legislazione come unico strumento in grado di assicurare una tutela generale della libertà degli individui, mentre al contrario per l’autore sarebbe proprio “l’ordinamento giuridico incentrato sulla legislazione” ad interferire con la libertà di agire dei singoli. Un simile esito sarebbe dovuto non solo all’“inflazione legislativa” ma anche all’incremento dell’attività pseudo-legislativa dell’esecutivo e dei funzionari del governo, che legittima questi “a comportarsi, a piacimento, come legislatori, e ad interferire così, quasi ad arbitro, con ogni tipo di interesse e attività privati”. Proseguendo su questa linea di pensiero Leoni arriva sino a mettere discussione la possibilità di conciliare la libertà individuale con gli ordinamenti contemporanei “incentrati e quasi completamente identificati con la legislazione”, auspicando invece una rivalutazione del “*ruolo dell’individuo entro l’ordinamento giuridico nel suo complesso*”.

Da qui la necessità di tornare a quella “saggezza giuridica degli Inglesi”, una saggezza che consisteva nell’aver plasmato un sistema giuridico indipendente proprio dalla legislazione,

favorendo così un'ampia sfera di libertà individuale durante i secoli di maggiore fioritura della common law, una libertà che andava di pari passo con un diritto che era “qualcosa da scoprire piuttosto che da decretare”,⁴³ e che nessuno, neppure il Sovrano, avrebbe potuto trasformare nel prodotto della propria volontà.

Tali riflessioni aiutano a comprendere più a fondo il concetto di *rule of law* elaborato da Dicey ed in particolare il suo collegamento con la necessità della *certezza* del diritto; Leoni sottolinea come per il giurista vittoriano l'esercizio dei diritti individuali fosse più certo nella costituzione inglese rispetto a quanto non lo fosse nei paesi dell'Europa continentale retti dalle costituzioni scritte; questo perché in Inghilterra la tutela della libertà e dei diritti era basata, come visto, non su postulati astratti ma su quelle “decisioni giudiziarie determinanti i diritti di privati in cause particolari portate dinanzi alle Corti”; ciò vale proprio a corroborare la tesi sostenuta dallo stesso Leoni per cui la certezza del diritto non può e non deve essere identificata nella semplice scrittura delle regole, il che vorrebbe dire aderire ad una concezione della legalità in senso meramente formale se non addirittura “cerimoniale”, quella stessa concezione che, osserva criticamente l'autore, negli ordinamenti contemporanei “ha sostituito il principio del *Rechtsstat* e, analogamente, la *rule of law* nel suo significato primitivo”.⁴⁴ L'Autore aderisce invece ad una visione della *rule of law* che sia fedele all'impostazione classica del principio per cui il diritto non si identifica con la legge ed in cui ad “essere sul palcoscenico” siano nuovamente i privati

⁴³ B. LEONI, *ibidem*, p. 13.

⁴⁴ B. LEONI, *ibidem*, p. 77.

cittadini, come accadeva nell'ordinamento inglese quando la common law era in primo luogo costituita da ciò che i cittadini stessi ritenevano legge; postulati che sembrerebbero oggi sconfessati da una vera "rivoluzione" che avrebbe comportato "un graduale rovesciamento della legge del paese per mezzo della legiferazione e della conversione della *rule of law* in qualcosa che va somigliando sempre più all'*Etat de Droit* continentale, cioè a una serie di norme che sono *certe* solo perché sono scritte, e *general*i non a causa di una convinzione comune dei cittadini, ma perché sono state decretate da un pugno di legislatori".⁴⁵

Intressante notare come queste critiche siano simili a quelle rivolte dalla dottrina inglese alle dichiarazioni dei diritti continentali (non solo alla Dichiarazione francese ma anche, successivamente, alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo) ritenute appunto incapaci di apprestare rimedi concreti per assicurare l'esercizio dei diritti dei cittadini.

La visione di Leoni, pur nella sua radicalità, coglie una serie di problemi che costituiscono il cuore dell'odierna riflessione sull'ordinamento inglese, proprio alla luce di quei cambiamenti - di cui, come si vedrà, l'incorporazione della Convenzione Europea è certamente uno dei più rilevanti - che hanno inciso sui rapporti tra legislazione e Corti (nazionali e sovranazionali), nonché sul significato da attribuire oggi al principio della *rule of law*.

Ma se si guarda alla più recente letteratura inglese non sembra che un attaccamento tanto romantico alla originaria impostazione dei diritti degli *englishmen* trovi riscontro. Si può rammentare chi,

⁴⁵ B. LEONI, *ibidem*, p.103.

come Peter Leyland, sottolinea che sarebbe erroneo ritenere che *“the popular will easily finds expression in Parliament with the enactment of legislation”*,⁴⁶ il che sarebbe peraltro testimoniato dal fatto che *“citizens in the United Kingdom have enjoys many of the freedoms which are charateristic of liberal democratic states”*, senza la necessità di un intervento legislativo che sancisse una *“codified constitution o un bill of rights”*; certo non viene negato dall’Autore che *“Parliament has delivered a wide range of freedoms in many instalments”*, ma allo stesso tempo viene sottolineato come ci siano state numerose occasioni in cui lo stesso Parlamento *“has significantly diluted important constitutional rights”*, con la conseguenza che *“until recently, British citizens did not enjoy positive rights, rather the only qualification to any (fundamental) right was where the activity was limited by a specific law.”*⁴⁷ Come si vede, il termine *positive rights* viene utilizzato per indicare quei diritti che siano riconosciuti in appositi documenti scritti, mentre in Inghilterra, almeno fino alla ratifica della CEDU, i diritti erano ancora il frutto della concezione liberale della common law per cui l’individuo è sempre libero di agire finchè non vi sia una legge che vieti quel determinato comportamento. È per questi motivi che dal punto di vista della tutela dei diritti, l’adesione alla Convenzione ed ancor di più la sua successiva incorporazione nell’ordinamento nazionale costituirebbero, secondo Leyland, un auspicabile passo

⁴⁶ P. LEYLAND, *Civil Liberties and Human Rights: The Parliamentary Legacy Re-examined*, in *La Costituzione Britannica*, Atti del convegno dell’Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, Bari, Università degli Studi, 29-30 maggio 2003, Volume 1, Giappichelli, 2005, p. 102.

⁴⁷ P. LEYLAND, *ibidem*, p. 103.

per introdurre “*a concept of positive rights for the first time*”, ed ovviare in tal modo alle “*obvious limitations of the common law when it comes to protect certain type of rights*”.

Si può dire dunque che in queste riflessioni emergano piuttosto le insufficienze, se non le vere lacune, del sistema tradizionale di common law sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali.

Per cui la stessa nozione di *rule of law* risulta talmente ripensata da incorporare gli essenziali strumenti di garanzia elaborati nel continente, a cominciare appunto dalla codificazione di un apposito catalogo di diritti in grado di ricomprendere sia le risalenti libertà sia gli altri diritti maturati nel corso del tempo.

CAP II

II REGNO UNITO E LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO

1. *La ratifica della CEDU tra tradizione di common law e contingenze politiche*

Alla luce di quanto svolto nelle pagine precedenti, potrebbe sorprendere che proprio il Regno Unito sia stato il primo dei sottoscrittori a procedere, fin dal 1953, alla ratifica della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo.

Invero, si sarebbe potuto ipotizzare che le radici culturali anglosassoni non fossero di buon auspicio per la sorte di un documento quale la menzionata Convenzione; ad essa sarebbero stati imputabili, forse persino aggravati, i medesimi difetti che erano stati impietosamente ravvisati nelle dichiarazioni dell’epoca rivoluzionaria con la loro spiccata vocazione all’astrattezza ed all’universalismo: e ciò senza dire della difficoltà di riconoscersi nella stessa definizione di *rights*, quando la lunga elaborazione delle Corti inglesi in materia di tutela delle posizioni individuali aveva sempre ruotato attorno alle *liberties*.

Questi ipotetici difetti non venivano sottaciuti neppure dal *Foreign Office* del Regno Unito, che, già all’indomani della sottoscrizione, non risparmiava critiche agli articoli della Convenzione “*too loosely drafted to provide the effective guarantee of the rights they contain*”, e che apparivano pertanto

troppo lontani dal pragmatismo applicativo tipico della concezione dei diritti nell'esperienza di common law. Né mancavano voci, nel campo della dottrina giuridica, apertamente schierate in senso critico, sempre adducendo la grande distanza intercorrente tra il metodo della dichiarazione, con i connessi rischi a carico del principio fondamentale della sovranità del Parlamento, e la tradizione costituzionale inglese.

Per comprendere dunque le ragioni che sono alla base di una così tempestiva sottoscrizione da parte del Regno Unito di un documento tanto estraneo alla sua tradizione giuridica, occorre tenere presente la difficile condizione in cui versava l'Europa negli anni immediatamente successivi alla fine del secondo conflitto mondiale, quando non soltanto era ancora vivo il ricordo dell'incubo dell'annientamento dei diritti umani ad opera dei regimi autoritari, ma insorgevano analoghe preoccupazioni in presenza del nuovo totalitarismo di stampo sovietico. Non a caso, il ruolo decisivo assunto dal Regno Unito nella redazione della Convenzione, nonostante la sua estraneità sotto i profili sopra considerati rispetto alla mentalità inglese, è stato considerato “*a product of British foreign policy, not of the British legal tradition, much less of British domestic policy*”⁴⁸: ossia il tentativo, anche a costo di derogare a consolidati canoni nazionali, di acquisire un ruolo di guida del continente europeo in modo da orientarlo verso

⁴⁸ A.W.B. SIMPSON, *Human Rights and the end of the Empire: Britain and the genesis of the European Convention*, Oxford University Press, 2001, p. 18.

quell'ordine, stabilmente fondato sui diritti di libertà e sui principi della democrazia, che già aveva trovato realizzazione nel modello inglese. Il che è peraltro testimoniato dal fatto che fu proprio il Governo inglese, nel 1947, a pubblicare un *Draft of an International Bill of Rights* formulato al fine di incoraggiare la cooperazione tra gli Stati nell'ambito del rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Il documento conteneva una serie di *freedoms* e di *rights* di elaborazione della common law inglese (quali il *right to liberty*, il *right to life*, la *freedom of expression*, il *right to assembly and association*, la *freedom from slavery* etc.) considerati "fondamentali" vista "*the firm foundation which these principles have in the deepest conviction of Parliament and the people*", che in larga parte combaciano con quelli che poi si ritroveranno nella Convenzione Europea.

Come ebbe a dire uno dei più convinti fautori della Convenzione, Sir David Maxwell-Fyfe, in occasione della firma della Convenzione il 4 novembre 1950, essa rappresentava *a light* che avrebbe svolto la funzione di "*beacon to those at the moment in totalitarian darkness and will give them a hope to return freedom*"; ancora una volta risaltava nelle considerazioni del futuro Lord Chancellor il convincimento che non potesse che spettare al paese rimasto immune dalle involuzioni autoritarie il compito di indicare a tutto il continente europeo il percorso da intraprendere per ritrovare le basi irrinunciabili della propria civiltà. Lo stesso convincimento emerge dalle parole di Lord Bingham, laddove osserva non solo che i britannici "*made a huge contribution to the drafting*", ma anche che la Convenzione altro

non farebbe che riflettere proprio quei valori e quei principi “*which we in this country took for granted and which had, we thought, been vindicated by our military triumph*”.

Come si vede, viene così alla luce un ulteriore argomento mediante il quale si è inteso sdrammatizzare la questione della difficile convivenza tra la tradizione inglese e la Convenzione Europea, vale a dire quello della pressoché perfetta sovrapposizione tra i diritti maturati nell’ambito della common law ed i diritti enunciati nella Convenzione.⁴⁹ Insomma, i principi ed i diritti della Convenzione avrebbero già trovato piena affermazione nell’ordinamento inglese grazie all’opera creativa della giurisprudenza nello sviluppo della common law.

Peraltro, questo atteggiamento rassicurante è testimoniato dal fatto che solo nel 1966 ci si interroga sulla effettiva applicazione della Convenzione, quando il Secretary-General dell’epoca richiederà al Parlamento di fornire “*an explanation of the manner in which its internal law ensures the effective implementation of any of the Provisions of the Convention*”,⁵⁰ facendo seguire nello stesso anno la richiesta rivolta ai vari *departments* di appositi memoranda sullo stato della tutela dei diritti convenzionali.

⁴⁹ Sul punto cfr. NORMAN, J. AND OBORNE, P., *Churchill’s Legacy: The Conservative Case for the Human Rights Act*, London: Liberty, 2009. Gli Autori sottolineano che “*the Convention was framed by British jurists, working within a common law legal tradition*” ed ancora che la Convenzione “*marks a vital codification of the common law, not its repudiation*”; sono dello stesso tenore le parole di Lord Hoffmann laddove egli ritiene che *the values* espressi dalla Convenzione “*have deep roots in our national history and culture*”; cfr. LORD HOFFMANN, *The Universality of Human Rights*, Judicial Studie Board Annual Lecture, 19 March 2009, p. 10.

⁵⁰ Citato da SIMPSON, *op. cit.*, p. 824.

Con la previsione da parte del Regno Unito nel 1966 del diritto alla *individual petition* davanti alla Corte Europea si assiste al rafforzamento del sistema CEDU, ma nel tempo emergono ancor più forti criticità che mettono in discussione il presupposto, di cui si è detto, della coincidenza tra i diritti convenzionali e quelli radicati nella tradizione di common law.

Ed infatti, vero è che, nonostante la mancata incorporazione nell'ordinamento nazionale e la conseguente impossibilità di azionare i diritti convenzionali dinnanzi la giurisdizione domestica del Regno Unito, i giudici inglesi non avrebbero potuto ignorare i diritti riconosciuti in sede CEDU né la giurisprudenza applicativa della Corte di Strasburgo, quanto meno utilizzando la Convenzione come strumento interpretativo nonché le pronunzie europee quali precedenti non vincolanti, ma particolarmente persuasivi in vista dello sviluppo del diritto interno in armonia con i principi convenzionali.⁵¹ Nonostante questo, non si può certamente disconoscere che non sempre il presupposto del pressoché perfetto allineamento tra la tradizione inglese dei diritti e la codificazione sovranazionale ha trovato conferma, ma anzi è emersa nella stessa giurisprudenza delle Corti inglesi la consapevolezza delle lacune riscontrabili a questo scopo nell'ordinamento interno.

⁵¹ Per una rassegna giurisprudenziale dei casi in cui si ritrovano richiami da parte delle Corti inglesi alle norme della Convenzione Europea prima che essa fosse incorporata nell'ordinamento nazionale, cfr. M. HUNT, *Using International Human Rights Law in English Courts*, Hart Publishing, Oxford, 1997; tra i primi si può ricordare il caso *Albany Home Loans Ltd. v. Massey* (1997) dove l'art. 8 della Cedu viene assunto dal Lord Justice Schiemann come “*clue to the solutions to the problems*” posti dal caso concreto.

Si può rammentare in questo senso la sentenza della House of Lords nel caso *R v Secretary of State for the Home Department ex parte Brind* del 1991, nella quale si prende atto dell'esistenza di un “*serious gap in the effective legal protection of human rights in the Uk*”.⁵² In particolare nel caso in esame la House of Lords, nel respingere le ragioni degli *applicants*, basate anche sulla violazione dell'art. 10 della Convenzione posto a tutela della libertà di espressione, fondava appunto la sua decisione sulla impossibilità di assumere le norme della Convenzione, in quanto non facenti parte della *domestic law*, come parametro normativo nella soluzione della fattispecie concreta: in caso contrario, veniva argomentato, si sarebbe realizzata l'incorporazione della Cedu “*through the back door*”, mentre questa, in mancanza di una espressa volontà parlamentare che la integrasse nell'ordinamento interno, non avrebbe potuto giammai pretendere di essere “*a source of rights and obligations*” nonostante Lord Donaldson sottolineasse che “*you have to look long and hard before you can detect any difference between the English common law and the principles set out in the Convention*”.⁵³

Nello stesso senso peraltro era già orientata la prevalente giurisprudenza delle Corti inglesi, come dimostra il caso *Reg. v. Chief Immigration Officer, Heathrow Airport and another, Ex*

⁵² LORD LESTER OF HERNE HILL, QC. and K. BEATTIE, *Human Rights and the British Constitution*, in *The Changing Constitution*, edited by J. Jowell and D. Oliver, Oxford University Press, 2007, p. 66.

⁵³ *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] 1 AC 696, 717 (HL).

parte Salamat Bibi (1976), ed in particolare la presa di posizione di Lord Geoffrey Lane: *"it is perfectly true that the Convention was ratified by this country (...) nevertheless, the Convention, not having been enacted by Parliament as a statute, it does not have the effect of law in this country; whatever persuasive force it may have in resolving ambiguities it certainly cannot have the effect of overriding the plain provisions of the Act of 1971 and the rules made thereunder"*. Si può ricordare ancora il caso *Fernandes v. Secretary of State for the Home Department* (1981) deciso dalla Court of Appeal, dove si è concluso che l'art. 8 della CEDU non dovesse essere preso in considerazione dal Secretary of State nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali.⁵⁴

Ma per avere una fedele raffigurazione della situazione precedente all'incorporazione della Convenzione e della trasformazione successiva non vi è di meglio che rifarsi alle parole di Sir John Laws nella sentenza della Court of Appeal nel noto caso *International Transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department* del 2003, quando il giudice della Court of Appeal parla del passaggio da un sistema *"of Parliamentary supremacy pure and simple"*, nel quale la sola affermazione dell'esistenza di certi diritti di rango superiore, o

⁵⁴ In senso conforme è la decisione sempre della Court of Appeal nel caso *Chundawadra v. Immigration Appeal Tribunal* del 1988, dove la ratifica della CEDU non è considerata come creativa di una *'justiciable legitimate expectation'* che gli organi statali debbano conformarsi alle norme della Convenzione; si ricordano le parole del Lord Justice Slade il quale evidenziava come non vi fosse nessuna prova di *"any relevant express promise or regular practice on the part of the Secretary of State. In default of such promise or practice, however, I do not see how the doctrine of legitimate expectation can avail the appellant"*.

rango costituzionale utilizzando un termine che si affermerà nella giurisprudenza successiva soprattutto per merito della Uk Supreme Court, “*have been something of a misnomer, for there was in general no hierarchy of rights, no distinction between constitutional rights and other rights*”⁵⁵ ad un nuovo sistema nel quale invece “*the common law has come to recognise and endorse the notion of constitutional, or fundamental rights*” ed in cui proprio lo Human Rights Act “*now provides a democratic underpinning to the common law’s acceptance of constitutional rights*”.⁵⁶

Questa divaricazione è stata stigmatizzata anche dalla Corte EDU in alcune note pronunzie riguardanti in particolare la garanzia del diritto di difesa. Ci si riferisce ad una nutrita serie di sentenze che prendono l’avvio con la sentenza *Golder v. Uk* del 1975, con la quale per la prima volta la Corte Europea condannava il Regno Unito per una violazione della Convenzione Europea. All’origine della vicenda vi era un episodio di violenza avvenuto nel carcere Parkhurst sull’Isola di Wight tra alcuni detenuti ed alcune guardie carcerarie, episodio per il quale Golder

⁵⁵ Il discorso di Sir John Laws è riportato da J.W.F. ALLISON in *The English Historical Constitution*, Cambridge University Press, 2007, p. 206.

⁵⁶ *Secretary of State for the Home Department v International Transport Roth GmbH & Others*, n. 71. Nello stesso punto della motivazione il giudice Laws fa riferimento a quelle sentenze che avevano svolto un ruolo determinante nella enucleazione da parte delle Corti inglesi di un certo numero di “*fundamental constitutional rights*”: in particolare *Derbyshire County Council v Times Newspapers* e *Reynolds v Times Newspaper* per il *right to free expression* e *Regina v Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Leech* (Ca 20 May 1993) e *Regina v Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Witham* (Hl 21 May 1997) per il *right of access to courts*.

venne accusato di aggressione sulla base della semplice testimonianza di una guardia che lo aveva additato quale responsabile. Sulla base di tale accusa Golder viene segregato in regime di isolamento fino a quando la stessa guardia che lo aveva precedentemente accusato confessava di non essere certa della sua colpevolezza. Successivamente Golder tentava dapprima di scrivere al membro del Parlamento eletto nella sua Contea, in seguito di contattare un avvocato e di mettersi infine in contatto con il Segretario per gli Affari Interni (una volta saputo che l'episodio era stato riportato sulla sua scheda personale rendendogli così difficile la possibilità di ottenere un domani la libertà condizionale) ma tutte le azioni gli venivano impedito. Per tali ragioni la Corte Europea, nel giudizio instaurato dinanzi ad essa, riconosce il Regno Unito colpevole di violazione del diritto di difesa nonché del diritto di agire in giudizio (articolo 13 CEDU) considerato dalla Corte quale “principio di diritto universalmente riconosciuto come fondamentale”.

Non è possibile dire con certezza se tale condanna, e quelle che seguiranno negli anni successivi, siano determinate da un'effettiva carenza di tutela di alcuni diritti (in particolare del diritto di difesa) nell'ordinamento inglese o se esse siano piuttosto il frutto di quelle differenze esaminate in precedenza tra sistema di common law e Convenzione Europea; si può però notare che “emerge dall'esame della giurisprudenza degli organi di Strasburgo relativa al Regno Unito, l'immagine di un Paese che presenta non pochi problemi in relazione alla *compliance* con gli standards della Convenzione”, il che non faceva che rafforzare

l'idea che <una parte almeno di questi problemi avrebbe potuto essere risolta mediante l'*incorporation* della Convenzione nell'ordinamento inglese, sia perché avrebbe permesso una soluzione domestica a molte doglianze che avrebbero potuto cercare la strada di Strasburgo, sia perché avrebbe agevolato una evoluzione dell'ordinamento britannico in senso più "*Convention friendly*">. ⁵⁷ Nonostante dunque, come visto, la Convenzione venisse già utilizzata dai giudici britannici come "ausilio interpretativo in relazione agli *statutes*" , la mancanza di una legge "che offrisse dei *remedies* nel diritto interno" finiva con il porre il Regno Unito, come nel caso di specie, "in palese violazione dell'articolo 13 della Convenzione".⁵⁸

2. *Dalla ratifica all'incorporazione della Convenzione: le prime fasi del dibattito*

Gli attriti tra Corte Europea ed Inghilterra divengono nel corso degli anni uno degli elementi che spingono a favore di una soluzione che assicuri un maggiore allineamento tra la tutela dei diritti apprestata dalla Carta e quella nazionale.

L'idea dell'incorporazione della Convenzione aveva in effetti

⁵⁷ R. SAPIENZA, *L'applicazione della CEDU negli ordinamenti degli Stati membri. Spunti dalla giurisprudenza britannica*, in *Studi in Onore di Claudio Zanghi*, a cura di Lina Panella ed Ersilia Grazia Spatafora, Giappichelli, Torino, 2011, p. 582.

⁵⁸ R. SAPIENZA, *ibidem*, p. 583; per un approfondimento del tema della tutela apprestata dall'articolo 13 CEDU cfr. R. SAPIENZA, *Il diritto ad un ricorso effettivo nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. Int.*, 2001, p. 277 ss.

trovato già una prima formulazione nel 1968 ad opera di Anthony Lester, anche se l'avvio della *campaign for incorporation* viene generalmente fatto risalire all'epoca della pubblicazione delle *Hamlyn Lectures* di Lord Scarman nel 1974.⁵⁹ Sul versante della politica interna si registrava tuttavia un contrasto molto acceso tra il Conservative party, ancora in larga parte contrario,⁶⁰ ed il Liberal party, sempre più convinto della necessità di rendere la Convenzione parte integrante della *domestic law*.

Così i primi tentativi concreti di incorporazione non trovarono seguito a causa della diffidenza del governo conservatore, che si

⁵⁹ Cfr. A. LESTER, *Democracy and Individual Rights*, Fabian Tract No. 390, Nov. 1968, p. 26: qui l'Autore, nel prendere in considerazione i vantaggi che avrebbe avuto in Inghilterra l'introduzione di un *Bill of Rights* del tipo di quello statunitense, considerava sufficiente l'incorporazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo che avrebbe così potuto assicurare un maggiore grado di tutela ai diritti dei cittadini britannici.

Ancora più decisa in questo senso la posizione assunta da LORD SCARMAN in *English Law – The New Dimension, The Hamlyn Lectures, Twenty-sixth series*, 1974, p. 10 e ss. L'Autore sostiene con molta decisione l'opportunità di un documento scritto in materia di diritti, richiamando la Magna Carta e sottolineando l'esigenza di una vera e propria "rivoluzione" che consenta di superare in via definitiva le pregiudiziali, ed ormai immotivate, ostilità benthamiane nei confronti delle dichiarazioni dei diritti di tipo continentale.

⁶⁰ Si possono tuttavia riportare alcune posizioni favorevoli all'incorporazione anche nel partito conservatore; tra le più significative è la posizione di Quintin Hogg che, nel pamphlet dal titolo *New Charter* pubblicato nel 1969 dal Conservative Political Center, individuava come soluzione alla "*elective dictatorship*" del Parlamento proprio quella di rendere la CEDU direttamente azionabile nelle Corti domestiche. Ancora nel 1976 lo Shadow Attorney General dell'epoca Sir Michael Havers riteneva che la linea ufficiale del Conservative Party andasse sempre più nella direzione dell'incorporazione, come testimoniato nel report dal titolo "*Another Bill of Rights?*". Questa corrente favorevole all'incorporazione rimane tuttavia abbastanza isolata all'interno del partito Conservatore, tanto che dopo la vittoria nelle elezioni del 1979 l'interesse per la questione viene portato avanti solo da un ristretto gruppo di *backbenches*, che nel 1984 espressero apertamente il loro favore per l'incorporazione attraverso la sottoscrizione di una *motion* indirizzata al governo.

oppose dapprima al *Bill* di Lord Wade presentato per la prima volta nel 1976, nonché ad altri progetti quali quello proposto da Lord Scarman nel 1988 e, prima ancora di questo, anche al Private Member's Bill proposto nel 1987 da due esponenti dello stesso partito Conservatore, Lord Broxbourne e Sir Edward Gardner, il quale, nel momento di introdurre il suo *Bill* nella House of Commons, osservava significativamente a proposito del rapporto tra la Convenzione e la tradizione inglese: "*It is language which echoes right down the corridors of history. It goes deep into our history and as far back as Magna Carta*".⁶¹

Particolarmente ricca risulta la discussione in seno alla House of Commons sul *Bill of Rights Bill* proposto da Lord Wade durante la sessione del 25 marzo 1976, dove tornano peraltro i temi del rapporto tra Convenzione e tradizione inglese. Nelle battute iniziali del suo discorso infatti Lord Wade metteva proprio in evidenza il ruolo dei giuristi inglesi e delle Corti di common law nell'affermazione dei diritti enunciati dalla Carta: "*the circumstances may change but the general principles remain valid, and in adopting the wording of the European Convention there is the further advantage that the wording has been widely accepted. Incidentally, the basic human rights that have been spelled out in the European Convention are derived from principles laid down in British courts; British lawyers had a very large part to play in drawing up the European Convention*".

Dal punto di vista dei contenuti del *Bill* è da considerare che il progetto di Lord Wade si presentava molto, forse troppo,

⁶¹ Hansard – Uk Parliament, 6 February 1987, col.1 224.

ambizioso per l'epoca; ed infatti esso prevedeva non una semplice incorporazione nell'ordinamento domestico bensì il proposito di conferire alla Convenzione un rango simile a quello assunto dalle norme dell'Unione Europea attraverso lo European Communities Act del 1972.⁶² La Convenzione si sarebbe dovuta porre quindi in una posizione di primazia rispetto alla legge del Parlamento, come stabilito dalla clausola n. 2 dove era previsto che “*in case of*

⁶² L'ingresso dell'Inghilterra nella Comunità Europea avvenne nel 1972 attraverso il sovrामenzionato *European Communities Act*, che autorizzava anche la recezione della legge comunitaria all'interno dell'ordinamento inglese. La sezione 2(4) introduceva la regola secondo la quale tutta la legislazione nazionale presente e futura avrebbe dovuto essere considerata subordinata rispetto alle norme della Comunità Europea dotate di diretta applicazione o di effetto diretto negli Stati membri, ponendosi apparentemente in contrasto con i postulati tipici della *sovereignty of Parliament* ed in particolare con l'assunto diceyano per cui “*no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament*”. Tuttavia, come emerso quando la clausola venne discussa nella House of Commons il 5 luglio del 1972, il principio della sovranità parlamentare sarebbe dovuto essere garantito dalla possibilità di *repeal* dell'*Act* da parte dello stesso Parlamento che avrebbe così conservato pur sempre il suo originario potere “*to make or unmake any law whatever*”. Durante il periodo immediatamente successivo l'entrata in vigore dell'*Act* le Corti evitarono di affrontare le questioni della sovranità ma cominciarono ad interpretare la legislazione nazionale in modo tale che essa risultasse compatibile con le norme comunitarie, come è dato notare ad esempio nel caso *Garland v. British Rail Engineering Ltd* in particolare nelle parole di Lord Diplock laddove egli sottolineava che “*it is a principle of construction... now too well established to call for citation of authority, that the words of a statute passed after the treaty has been signed and dealing with the subject matter of the international obligation of the U.K., are to be construed, if they are reasonably capable of bearing such a meaning, as intended to carry out the obligation and not to be inconsistent with it*” (Lord Diplock, 2 AC 751, 1983). Solo più tardi, con il caso *Factortame* del 1998, si pose il problema di come le Corti britanniche si sarebbero dovute comportare nel caso in cui un *Act of Parliament* fosse stato in contrasto insanabile interpretativamente con la normativa comunitaria (sul caso *Factortame* si rimanda a quanto detto nelle *Considerazioni Conclusive* di questo lavoro, p. 178).

conflict between any enactment prior to the passing of this Act and the provisions of the...Convention and Protocols, the...Convention and Protocols shall prevail"; nella clausola n. 3 era inoltre previsto che in *"...case of conflict between any enactment subsequent to the passing of this Act and the provisions of the...Convention and Protocols, the...Convention and Protocols shall prevail unless subsequent enactment shall explicitly state otherwise."*

Non erano mancate ovviamente le critiche, a cominciare da quella di Lord Hailsham, circa l'assimilabilità della Convenzione all'esperienza inglese sui diritti, che si sarebbe ormai sganciata anche dai quegli antichi documenti quali la Magna Carta o il Bill of Rights: *"in the main, speaking in relation to English constitutional law, the kind of general assertion of rights which is contained in our own Bill of Rights 1688 and in our Magna Carta, which is still on the Statute Book in the 1297 recension, and in the Act of Settlement, is asserted in such general terms that in practice it cannot be relied upon in relation to any given Statute. It belongs to an earlier and less sophisticated tradition than we now move into"*.

Ancor più dura la critica rivolta dallo stesso Lord Hailsham al *Bill* sotto il profilo del rispetto dell'assetto costituzionale inglese, con particolare riferimento al pilastro costituito dalla *sovereignty of Parliament*; così si rivolse il Lord agli altri membri della House of Lords: *"So we really deceive ourselves if we think we can tackle the problem of human rights without tackling the second rule of our Constitution, and the second rule of our Constitution"*

*is the omnipotence of Parliament. It is called the sovereignty of Parliament, but it means the legislative omnicompetence and omnipotence of Parliament. I do not believe that you can do this piecemeal. It is undermining one of the two pillars upon which the Constitution is based. They are the rule of law and the omnicompetence and omnipotence of Parliament, and it is undermining the second pillar”.*⁶³

A partire dagli anni '90, anche grazie alla spinta decisiva del movimento Charter 88,⁶⁴ la questione della incorporazione entra nella sua fase cruciale, che culminerà nel 1998 con l'adozione dello Human Rights Act. Una prima svolta si ebbe grazie al cambio di rotta del nuovo leader del Labour Party, John Smith, che nella *lecture* del 1 Marzo 1993 dal titolo *A Citizen's Democracy* assunse una posizione netta a favore dell'incorporazione, dopo che negli anni precedenti il partito aveva mostrato un andamento piuttosto incerto.⁶⁵ Nello stesso

⁶³ House of Lords Deb. 25 March 1976, vol. 369 cc775-817.

⁶⁴ Il Charter 88, uno dei più importanti *pressure group* della società civile inglese ora confluito nel movimento Unlock Democracy, venne formato a seguito delle elezioni del 1976 che segnarono la vittoria dei Conservatori guidati da Margaret Thatcher, da un gruppo di attivisti ed intellettuali appartenenti per lo più al versante dei liberali e dei social-democratici, tra i quali spiccano nomi molto conosciuti della politica inglese, quali quello di Lord Scarman. Il Charter 88 nasceva con il fine di promuovere una serie di *constitutional reforms*, tra le quali, per l'appunto, anche l'incorporazione della CEDU nell'ordinamento inglese.

⁶⁵ Il Labour Party infatti, dopo aver proposto negli anni precedenti per l'introduzione di un *Bill of Rights*, si era opposto nel 1991 e nel 1992 a tale possibilità preoccupato dal rafforzamento del controllo dei giudici nei confronti del governo; lo Shadow Home Secretary dell'epoca Mr Roy Hattersley, dissociando il partito dalle idee più progressiste del Charter '88, scrisse infatti che “*the only method of restrainig the excesses of a bad government is to replace it with a good one*”. In particolare, come espresso successivamente nel *Labour*

anno la Labour Party Conference adottò un documento che appoggiava un progetto di “costituzionalizzazione” dei diritti fondamentali in due fasi, di cui la prima prevedeva l’incorporazione della CEDU, mentre la seconda l’istituzione di una Commissione interpartitica per la stesura di un *home-grown Bill of Rights*.

Le vicende successive vedono due Private Member’s Bills finalizzati all’incorporazione introdotti nella House of Lords da parte di Lord Lester of Herne Hill QC. Il primo, presentato nel 1994, prevedeva una forma *strong* di incorporazione che avrebbe assegnato alla Convenzione uno status simile a quello delle norme dell’Unione Europea, attribuendo alle Corti interne il potere di disapplicare la legislazione sia precedente che successiva contrastante con la Convenzione. Come si intuisce, la radicalità della soluzione ipotizzata non permise al progetto di Lord Lester di passare il vaglio della House of Lords senza una serie di emendamenti proposti dai *conservative ministers*.

Si rese allora necessaria, su consiglio peraltro degli stessi *senior judges* che avevano appoggiato il *Bill*, l’elaborazione di una forma di incorporazione più cauta e che soprattutto apparisse più compatibile con il principio della sovranità parlamentare, ritenuto già fin troppo indebolito a seguito dell’ingresso dell’Inghilterra nella Comunità Europea attraverso lo European Communities Act del 1972 ed ai successivi sviluppi cui esso aveva dato luogo.

Party Charter of Rights del 1990, la linea del partito era quella di tutelare i diritti tramite “(..) *specific Acts of Parliament – each one of which establishes rights in a specific area*” piuttosto che attraverso una Carta dei Diritti che avrebbe comportato spazi interpretativi più ampi per le Corti.

Senz'altro decisivo fu l'appoggio dato al *Bill*, durante la discussione nella House of Lords del 25 gennaio 1995, da parte del Lord Chief Justice Lord Taylor of Gosforth, di Lord Browne-Wilkinson e di Lord Woolf of Barnes. In particolare, nel suo intervento durante la discussione nella House of Lords, Lord Taylor of Gosforth, al fine di sostenere appunto la necessità della incorporazione, descriveva la situazione del Regno Unito rispetto alla Convenzione addirittura come “*worrying from a constitutional viewpoint*” vista la difficoltà per i cittadini britannici di far valere i propri diritti riconosciuti dalla CEDU (“...*at present, the aggrieved citizen is advised that his or her fundamental rights under the convention have been infringed. He or she cannot obtain any immediate remedy but must pursue a hopeless application through all the United Kingdom courts, including your Lordships' House. At the end of this procedure, the case can be argued in Strasbourg. The European Court eventually decides that the Government are in breach of their obligations, with the attendant criticism and embarrassment to which I have already referred. Finally, many years after the actions complained of, the law has to be altered by Parliament*”).

Allo stesso modo Lord Browne-Wilkinson così dipingeva il paradosso della situazione inglese da lui stesso definita ironicamente una *Alice in Wonderland position*: “*how did we get to a position where this country- which (...) prides itself on its freedoms going back over the centuries, it being in the forefront of democratic freedom; its principles of freedom being the very basis on which much of the convention was based in drafting;*

being one of the progenitors of the convention itself—is found more often to be in breach of that convention than any other member state?”. Lo stesso Lord peraltro riconduceva il problema del rapporto tra CEDU e ordinamento inglese proprio ad alcune caratteristiche tipiche di quest’ultimo, tra cui in particolare, come si vede in questo passo, la distinzione tra *freedoms* e *rights*: “*our traditional English freedoms are freedoms, not rights; and like any other common law freedoms they are subject to abridgement and curtailment by Act of Parliament. That is where we have been found to be at fault—not in our general institutions but by the operation of Acts of Parliament. It is not in the substantive provisions of the Acts which this House and the other place have passed that we have been found wanting. We have been found wanting by accident*”.

Proprio per limare tali differenze si sarebbe reso opportuno secondo Lord Browne-Wilkinson permettere alle Corti interne di “amministrare” quei diritti contenuti nella CEDU giudicando nel caso anche dell’incompatibilità degli *Acts of Parliament* come era previsto dal *Bill* in discussione: “*Why cannot we enable our courts to administer what the European Court of Human Rights does many months, many years, many hundreds of thousands of pounds later? Why should the courts here not give effect to what is undoubtedly the implied intention of Parliament, stopping short if necessary of declaring invalid any Act of Parliament? That brings about a position of true constitutional reform*”.

E tuttavia non mancavano certo nella discussione voci totalmente contrarie; tra di esse si può ricordare ad esempio

quella di Lord Donaldson, il quale, ritornando sulla differenza, ritenuta incolmabile, tra la tradizione continentale e quella inglese di common law esortava a ricordare che “*our approach to human rights is, and always has been, different from that of many others. It is a difference of which I personally am very proud. It lies in the fact that in this country the citizen does not have to identify any right to justify his conduct. He has total freedom of conduct unless restrained by law; and it is for those who complain of his conduct to identify what law it is which interferes with his freedom. He has no need of a list of freedoms, or rights of freedom*”; ancor più *constitutionally unacceptable* appariva peraltro al Lord il conferimento alle Corti di un potere di *review* degli Acts of Parliament. Tra le voci contrarie si può riportare anche quella della Baroness Blatch la quale sulla stessa linea di Lord Donaldson riteneva che i *disadvantages of incorporation* fossero ben superiori rispetto ai benefici, con particolare riferimento ancora una volta alla preservazione della *supremacy of Parliament*.

3. *L'incorporazione della CEDU: lo Human Rights Act e il superamento dell'isolazionismo nel campo dei diritti*

Il secondo progetto di incorporazione preparato da Lord Lester, cui lo Human Rights Act è in gran parte debitore, venne presentato nel 1996 e discusso nella House of Lords il 5 Febbraio del 1997; esso veniva incontro alle esigenze di preservazione delle caratteristiche fondamentali dell'ordinamento inglese, e difatti, sebbene venisse riconosciuto alle Corti un esteso potere interpretativo delle norme della common law in modo tale da consentirne la conformazione ai principi della Convenzione, restava ferma l'impossibilità di dichiarare invalidi o comunque di disapplicare *statutes* parlamentari anche in ipotesi di ritenuto contrasto con la Convenzione.

Ancora una volta si rivela molto utile, ai fini di un maggiore approfondimento delle tematiche politiche e costituzionali, riportare alcune fasi salienti della lettura del *Bill* all'interno della House of Lords.

Non può peraltro sorprendere che Lord Lester si sia subito mostrato molto critico nei confronti dell'atteggiamento tenuto dal Partito Conservatore nel corso della vicenda dell'incorporazione “*so implacably hostile to any attempt to empower British courts to give direct effect to a convention drafted by British lawyers on the basis of traditional common law concepts*”, secondo quella da lui stesso definita *an irony of political history*, anche alla luce dell'importanza di rendere i giudici inglesi finalmente “*able to give effective domestic remedies for the misuse of state power*,”

rather than to compel British citizens to have recourse unnecessarily to European judges in Strasbourg for want of effective remedies in our own courts” e di esercitare “*a strong influence on the developing case law of the Strasbourg Court*”.

Nella descrizione del nuovo Bill vengono in particolare messe in luce le differenze rispetto al primo progetto di incorporazione presentato alla House of Lords; mentre il primo era per lo più ispirato al modello dell’*European Communities Act*, quest’ultimo risultava invece una versione, seppure rinforzata, del *New Zealand Bill of Rights* del 1990, il che avrebbe permesso di rendere la Convenzione parte dell’ordinamento domestico “*without challenging the English doctrine of parliamentary sovereignty*” ma allo stesso tempo senza “*significantly diluting the practical value of incorporation.*” Soprattutto scompare il potere delle Corti di disapplicare la legislazione nazionale in contrasto con le libertà e i diritti umani garantiti dalla Convenzione, sostituito con un più generale potere/dovere di interpretare le norme nazionali in modo “*consistent with convention rights*”.

La Convenzione dunque avrebbe assunto un ruolo diverso rispetto alle norme della Comunità Europea, senza porsi in una posizione di superiorità rispetto agli *statutes* ed agli *Acts of Parliament*. Ciò tuttavia non avrebbe comportato, secondo Lord Lester, un significativo ridimensionamento degli effetti dell’incorporazione, né la “*effective legal protection given by the Bill*” alle libertà ed ai diritti ivi contenuti sarebbe stata “*seriously eroded by this pragmatic concession to political expediency*”, soprattutto considerando che già le Corti, come ad esempio nel

caso citato da Lord Lester *Derbyshire County Council*, avevano cominciato quell'opera di interpretazione della common law alla luce degli enunciati della CEDU. Il momento era dunque, secondo il Lord, quanto mai propizio “*to domesticate what are or should be British civil rights and liberties and to bring them home to British courts in a way that ensures effective access to justice*”.

Il rispetto della *sovereignty of Parliament* e l'aderenza del Bill alle caratteristiche dell'assetto costituzionale inglese veniva messo in evidenza anche da Lord Woolf, che definiva il progetto di incorporazione come “*the least intrusive form of what can be regarded as a constitutional innovation as far as this jurisdiction is (...) It does not interfere with the sovereignty of Parliament*”.⁶⁶

Nel frattempo, il 18 dicembre 1996, lo shadow Home Secretary Jack Straw pubblicò un *consultation paper* dal titolo *Bringing Rights Home*, che ufficializzava il proposito del partito labourista di rendere la CEDU parte dell'ordinamento domestico nel caso in cui fosse risultato vincitore nella successiva tornata elettorale.

Poco dopo venne anche formata una Labour and Liberal Democrat Joint Consultive Committee on Constitutional Reform, presieduta da Robin Cook e Robert McLennan, che pubblicò nel 1997 un report all'interno del quale, in una sezione apposita sulla CEDU, veniva in definitiva riproposto lo schema del secondo Bill di Lord Lester concernente l'incorporazione, con l'aggiunta della proposta di istituzione di una Human Rights Commission o di un Human Rights Commissioner.

Nel 1997, dopo la vittoria delle elezioni, il governo labourista

⁶⁶ House of Lords Deb., 5 February 1997, vol 577 cc 1725-58.

pubblicò infine un White Paper dal nome evocativo *Rights Brought Home: the Human Rights Bill*, assieme al vero e proprio progetto di legge, destinato a divenire finalmente lo Human Rights Act.

Il White Paper, che rappresentava in effetti una sorta di presentazione del Bill la cui approvazione era stata rimessa al Parlamento, affrontava questioni di forte rilevanza costituzionale che già avevano impegnato il dibattito sull'incorporazione degli anni precedenti.

Sin dalla prefazione, nel solco della tradizione benthamiana, veniva posta in rilievo la funzione pragmatica dello Human Rights Act, ovvero quella di conferire ai cittadini del Regno Unito “*opportunities to enforce their rights under the European Convention in British courts rather than having to incur the cost and delay of taking a case to the European Human Rights Court in Strasbourg*”.

È inoltre significativo che lo Human Rights Act venga inteso come un fattore di superamento dell'isolazionismo britannico nei confronti del continente e che venga espressa la necessità di integrare la common law proprio dal punto di vista della tutela dei diritti: “*the constitutional arrangements in most continental European countries have meant that their acceptance of the Convention went hand in hand with its incorporation into their domestic law. In this country it was long believed that the rights and freedoms guaranteed by the Convention could be delivered under our common law. In the last two decades, however, there has been a growing awareness that it is not sufficient to rely on*

the common law and that incorporation is necessary”.

È interessante rammentare che per sostenere la piena compatibilità dell’Act con la fisionomia essenziale della *political constitution* veniva evidenziato che non sarebbe stata messa in discussione in alcun modo l’autorità del Parlamento derivante dal *democratic mandate* e che le Corti non avrebbero avuto il potere “*to set aside primary legislation, past or future, on the ground of incompatibility with the Convention*”, per non rischiare di porre “*the judiciary into serious conflict with Parliament*”.

Il Bill venne presentato dal Lord Chancellor dell’epoca Lord Irvine, che aveva svolto un ruolo determinante nella decisione del leader labourista John Smith di schierarsi per l’incorporazione, nella House of Lords per il Second Reading debate nel 1997⁶⁷ e, con l’appoggio dei Liberal Democrats nonché dei *back benchers* del Conservative party, esso approdò alla House of Commons.

L’ultima discussione si svolse il 16 febbraio 1998 quando il Secretary of State for the Home Department Jack Straw introdusse con grande entusiasmo il Bill, ponendolo addirittura in linea di continuità con il Bill of Rights del 1689.⁶⁸

⁶⁷ Il Lord Chancellor metteva in evidenza che lo Human Rights Act avrebbe consentito ai giudici inglesi per la prima volta “*to make their own distinctive contribution to the development of human rights in Europe*”, oltre che ai cittadini di far valere i loro diritti davanti a qualsiasi Corte o Tribunale del Regno Unito. Lord Irvine affronta anche nel suo discorso introduttivo le critiche relative al possibile indebolimento della sovranità parlamentare e la politicizzazione del potere giudiziario, affermando: “*we are not ceding new powers to Europe. (...) The Bill is carefully drafted and designed to respect our traditional understanding of the separation of powers.*”

⁶⁸ Con queste parole Jack Straw aveva introdotto la seconda lettura dello Human Rights Act nella House of Commons: “*This is the first major Bill on human rights for more than 300 years. It will strengthen representative and democratic*

Il dibattito parlamentare si concluse nello stesso anno con l'*entactment* dello Human Rights Act (HRA) il 9 novembre 1998, mentre si dovette attendere il 2 ottobre del 2000 per la sua entrata in vigore.

Si può subito notare come il Long Title dello Human Rights Act lo presenti come un atto preordinato a garantire “*further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights*”, dove il termine *further*, secondo quanto già chiarito dal Lord Chancellor Lord Irvine durante la Committee Stage nella House of Lords il 18 Novembre 1997, stava a sottolineare sia il fatto che le Corti inglesi già facevano applicazione delle norme della Convenzione quantomeno come parametro interpretativo, sia che lo HRA non era un documento creativo di nuovi diritti rispetto a quelli della Convenzione e a quelli autoctoni, bensì uno strumento volto ad assicurare un *better and easier access* per far valere diritti già esistenti. In proposito si è anche parlato di una forma di incorporazione indiretta della Convenzione, riferendosi al fatto che <lo HRA 1998 non conferisce forza di legge alla Convenzione europea nel diritto britannico (...) ma realizza una (appunto indiretta) tutela dei “Convention rights” nell’ordinamento interno imponendo ai tribunali inglesi di interpretare il diritto interno in maniera conforme alla Convenzione e di considerare “unlawful” la

government. It does so by enabling citizens to challenge more easily actions of the state if they fail to match the standards set by the European convention. The Bill will thus create a new and better relationship between the Government and the people” (Official Report, House of Commons, 16 February 1998, vol. 307, col. 769).

condotta di una “public authority” che violi con il suo comportamento uno di questi “Convention rights”>; tale incorporazione indiretta avrebbe creato a sua volta un sistema di “indiretto *enforcement*” della CEDU dinanzi alle Corti interne, costruendo un sistema “indipendente, ma strutturalmente collegato”, soprattutto sotto il profilo della interpretazione della Corte Europea, a quello internazionale.⁶⁹

Quali che fossero le implicazioni della formula di esordio anzidetta, certo è che l’assimilazione delle norme dello Human Rights Act nell’ordinamento inglese non mancherà di suscitare un intenso dibattito politico – costituzionalistico destinato ad investire gli antichi postulati dell’assetto istituzionale del Regno Unito (dal principio della sovranità parlamentare al rigetto del controllo di costituzionalità sugli atti parlamentari), ma anche a sollevare nuovi aspetti problematici (primo tra tutti il rapporto della Corte sovrana nazionale con le Corti domestiche, nonché con gli altri organi costituzionali).

⁶⁹ R. SAPIENZA, *op. cit.*, pp. 583-584; a tal proposito nota D. FELDMAN in *The Human Rights Act 1998 and Constitutional Principles*, in *Leg. St.*, 1999, pp. 165 ss. che “*The Act initiates a fundamental constitutional change by introducing new values and an altered frame of reference to Uk public law*”.

4. *Lo Human Rights Act e la corrente del common law constitutionalism*

È constatazione diffusa quella secondo la quale lo Human Rights Act, attraverso l'incorporazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ha concorso ad inaugurare una nuova stagione del costituzionalismo d'oltremania nel segno di un forte avvicinamento tra il sistema inglese di common law e la tradizione continentale, nonostante tutta la pregressa avversione nei confronti delle dichiarazioni astratte di diritti e tutta la sua estraneità a concetti, ampiamente presenti nelle altre costituzioni europee, quali "diritti fondamentali" o "diritti costituzionali".

A tale proposito si può ricordare quanto è stato affermato da William Wade, il quale non ha esitato a definire lo Human Rights Act "*as one of our grater constitutional milestones*", il simbolo di una "*new legal culture of fundamental rights and freedoms*" la cui definitiva affermazione non potrebbe essere contrastata nemmeno da forme di conservatorismo giuridico⁷⁰. Allo stesso modo un altro importante studioso, Vernon Bogdanor, individua nello Human Rights Act il vero *cornerstone* di tutti gli altri mutamenti intervenuti recentemente nell'assetto costituzionale inglese.⁷¹

⁷⁰ Per un'efficace analisi storica del conservatorismo inglese Cfr. C. MARTINELLI, *I fondamenti costituzionali del conservatorismo inglese e statunitense: la praticabilità di una comparazione eloquente*, in Osservatorio Costituzionale, Fasc. 1/2016, 27 aprile 2016.

⁷¹ V. BOGDANOR, *The New British Constitution*, London, 2009, p. 62. In una *lecture* dal titolo evocativo *Our New Constitution*, tenuta al Gresham College il

Come si vede, l'incorporazione dello Human Rights Act fornisce un punto di vista particolarmente interessante per comprendere tale processo di contaminazione, ma anche le ragioni delle forti resistenze che sono emerse quando è parso che tale processo mettesse in discussione alcuni principi fondamentali della costituzione inglese. D'altro canto, non si potrebbe in ogni caso disconoscere la valenza innovativa della comparsa in Inghilterra di una Carta dei Diritti di tipo moderno e quindi con caratteristiche molto differenti rispetto alle Carte medievali e, come se non bastasse, una Carta nella quale non si esprime una singola identità nazionale bensì un'esigenza di tendenziale uniformità nel trattamento dei diritti da parte degli ordinamenti giuridici degli Stati sottoscrittori.

Ma a prescindere dalle notazioni più immediate, si configurano due orientamenti contrapposti in ordine all'effettiva incidenza di questo dato innovativo: da un lato la posizione di chi ritiene che il cambiamento, con particolare riferimento allo Human Rights Act, abbia comportato un ritorno alla più autentica tradizione della *common law constitution* che vuole che la tutela dei diritti

29 maggio 2007, il medesimo Autore sottolineava quanto la costituzione britannica fosse oramai distante dal suo paradigma classic, ovvero quello "*based largely on convention (...) very informal and pragmatic in style*", in cui il "*central principle was the sovereignty of Parliament, and that reflected the political fact of the dominance of the Executive; the dominance of Government over Parliament*", nel quale "*the courts had a limited role in constitutional matters*" e la stessa *rule of law* "*was secured primarily through Parliament and not through the judges*". Proprio analizzando i cambiamenti avvenuti nell'assetto costituzionale inglese, tra cui un ruolo di primo piano è riconosciuto allo Human Rights Act, l'Autore giunge ad affermare che "*the new Constitution is different in almost every single respect*".

venga affidata anzitutto ai giudici, nazionali od internazionali che siano; dall'altra la posizione di chi ritiene che né l'incorporazione della CEDU né altri fattori di cambiamento che si avrà modo di analizzare in seguito abbiano in realtà rivoluzionato l'assetto tipico della *political constitution* incentrata sul pilastro della *sovereignty of parliament*.

E dunque, secondo i fautori del *common law constitutionalism* lo Human Rights Act segna addirittura la ripresa di un percorso iniziato in un lontano passato dai *common lawyers* del XVI e del XVII secolo, un percorso che sarebbe stato interrotto dalla Rivoluzione e dall'affermarsi della tesi estrema della onnipotenza del Parlamento.

Sotto questo aspetto, lo Human Rights Act riporterebbe persino in auge la centralità dei giudici nell'ambito della tutela dei diritti, come dimostrerebbe il ruolo assunto dalla Corte EDU e la sua funzione decisamente propulsiva, in termini di crescita della cultura dei diritti, rispetto alle stesse decisioni degli organi politici nazionali.

La teoria del *common law constitutionalism* non esita dunque ad accogliere la nozione di *constitutional* o *fundamental rights* collocati in una sfera superiore rispetto al potere politico. E ciò anche nella convinzione che l'idea della sovranità del Parlamento come onnipotenza abbia definitivamente esaurito la sua parabola una volta assolto il compito oppositivo rispetto all'assolutismo della dinastia degli Stuart. Per parte sua, lo Human Rights Act ne avrebbe dunque certificato l'attuale insostenibilità, determinando

quantomeno “*a new point of constitutional balance*”⁷² tra i due poli della *parliamentary* e della *judicial supremacy*.

Si opera dunque un’inversione della relazione tra *statute law* e *common law*: se infatti tradizionalmente la *statute law* era da considerarsi dotato della massima forza giuridica stante il potere del Parlamento di legiferare in qualunque ambito anche modificando la *common law*, nell’ottica del *common law constitutionalism* è viceversa la *common law* ad imporsi come superiore ed in certi casi come parametro di validità della legge.⁷³

⁷² A. BRADLEY, *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?*, in *The Changing Constitution*, edited by J. Jowell and D. Oliver, p. 57.

⁷³ Nota a tale proposito T.R.S ALLAN in *Law, Liberty and Justice*, Oxford, Clarendon, che “*although the rules of common law are subject to legislative alteration and abrogation, there is an important sense in which common law is superior to statute*”. In particolare la superiorità della *common law* viene individuata nella sua capacità di assicurare “*stability and continuity*” al sistema costituzionale inglese, grazie alla sua natura di “*body of evolving principle*” (p. 79). Peraltro, è ancora un pensiero di Trevor Allan, la *statute law*, per quanto sia importante la materia in cui essa interviene, non potrebbe mai prescindere dall’essere interpretata in maniera sistematica, e dunque pur sempre secondo i canoni della *common law* così come essi sono stati elaborati dalla giurisprudenza delle Corti.

Sempre nell’ottica della distinzione tra *common law* e *statute law* l’Autore ritiene che solo applicando al caso concreto i principi ed i valori di cui la *common law* risulta permeata è possibile realizzare “*what justice, properly understood, properly requires*”; al contrario l’obbedienza agli *statutes* derivante dal principio della *legislative supremacy* sarebbe idonea ad assicurare piuttosto esigenze di *fairness* quali la “*equal participation in government of every citizen*” (p. 80). Proprio l’endiade *justice – fairness* costituisce una delle chiavi di volta utilizzate da Allan per spiegare le differenze tra i principi della *common law* e le regole stabilite dalla legislazione. In particolare quando ci si riferisce alla *fairness* non si farebbe che richiamare quella visione formalistica della *rule of law* per cui essa si intende rispettata quando si è in presenza di “*correct procedures for decision making*” che, prescindendo da qualsivoglia giudizio di valore, conferiscono validità alla legge. Al contrario, per Allan, la *common law* incorpora in sé una forma di “*popular morality*” che troverebbe poi riscontro nelle decisioni assunte dai giudici sulla base non già di una rigida applicazione di regole al caso concreto

In tale contesto la common law viene intesa peraltro in modi differenti, a volte in termini simil-positivisti come vero e proprio sistema di regole, altre volte come complesso di norme la cui legittimazione si rinviene nel carattere metagiuridico dei principi e dei valori su cui esse si reggono.

Comune a tutte le diverse visioni è comunque il fatto che custodi della common law sono i giudici, respingendo qualunque ricostruzione “ancillare” del loro ruolo rispetto a quello degli organi rappresentativi.

In effetti, come si dirà anche successivamente, nello Human Rights Act sono presenti alcune disposizioni che sono state chiamate a legittimare il punto di vista del *common law constitutionalism*. Ci si riferisce in particolare al fatto che, in base ad una disposizione quantomeno “elastica”, le Corti britanniche possono, ed anzi sono tenute, ad interpretare la legislazione ordinaria in modo conforme alla Convenzione, spingendosi sino ad interpretazioni, come si vedrà, molto estensive della *statute law*. Laddove neppure tale strumento riesca nella sua funzione “armonizzatrice” le Corti (non tutte, ma solo alcune Corti qualificate), pur non potendosi spingere sino ad annullare o disapplicare la legge ritenuta contrastante con la Convenzione, possono sollevare una ‘*declaration of incompatibility*’ così ponendo la questione all’attenzione degli organi politici cui compete la scelta di modificare o meno la legge ritenuta

bensi tenendo in considerazione quei valori nei quali la società si rispecchia. Sulla stretta connessione tra diritto e principi cfr. i classici lavori di R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard, 1986, e *Taking Rights Seriously*, 1977, cui peraltro Allan fa ampio riferimento nel paragrafo dal titolo *Rules and principles* (p. 92 e ss.).

incompatibile.

È evidente che, nonostante nessuno dei due meccanismi integri gli estremi di un vero e proprio sindacato di costituzionalità, essi permettono comunque alle Corti di riconquistare alcuni spazi che la Gloriosa Rivoluzione e la successiva affermazione del dogma della *sovereignty of Parliament* sembravano aver loro definitivamente sottratto. In particolare non può sottovalutarsi l'incidenza della declaratoria di incompatibilità la quale, pur non comportando l'annullamento della legge, prospetta comunque al Parlamento la cogente necessità di legiferare in maniera conforme alla Convenzione, almeno per non correre il rischio di esporsi ad un giudizio negativo da parte della Corte Europea: un effetto di sollecitazione che in sede dottrinale ha spinto a vedere nella Supreme Court, in sede di esercizio del controllo di compatibilità, un vero e proprio "*agent of constitutional change*".⁷⁴

Si vede bene che tale incremento delle funzioni delle Corti, assieme ad alcuni fattori di cambiamento quali in particolare l'istituzione della Uk Supreme Court con le sue funzioni paracostituzionali (su cui si rimanda al cap. III par. 3.7), hanno costituito la linfa da cui si è sviluppato il movimento del *common law constitutionalism*. Tutto ciò dunque non sotto il segno della rottura ma anzi sotto quello di una sempre maggiore corrispondenza, per dirla con Roscoe Pound, all'autentico *spirit of the common law*.

⁷⁴ R. MASTERMAN and J.E.K. MURKENS, *Skirting supremacy and subordination: the constitutional authority of the United Kingdom Supreme Court*, in *Public Law Review*, october 2013, p. 810.

Certo, resta lo scetticismo tipicamente inglese rispetto all'ipotesi che il semplice "*restatement of individual rights in a constitutional document*" possa di per sé imprimere ai diritti la forza che dovrebbe spettare loro. Ciò non toglie che, come nota Mark Elliot⁷⁵, anche dando per acquisita la preesistenza di questi diritti fondamentali alla stregua della common law, proprio "*the failure of domestic law to protect the full range of such rights*" avrebbe ampiamente giustificato la incorporazione della CEDU, in modo da assicurare a questi diritti una ancor più incontrovertibile presenza nell'ordinamento inglese. Su questa linea, anche Trevor Allan ammette che una Carta dei diritti "*entrenched against ordinary legislative repeal*" del tipo del Bill of Rights statunitense, assieme ad un sistema di *judicial review of legislation* che permette di espungere dall'ordinamento quelle leggi contrastanti con i diritti di rango costituzionale, consente di raggiungere un più elevato grado di protezione dei diritti fondamentali. Resta tuttavia fermo, nella sua prospettiva, che in realtà nessuna *structural difference* potrebbe ravvisarsi tra i *common law rights* ed i diritti contenuti nelle Carte positivamente poste, dal momento che proprio dai tradizionali diritti riconosciuti dalla common law come diritti "negativi", ossia da tali *liberties* (in quanto *freedom from state or governmental control*), deriverebbero non solo i diritti *entrenched* all'interno degli stessi Bill of Rights, ma anche i *positive rights* dedotti, in forza dell'intervento creativo delle Corti supreme, dalle disposizioni di

⁷⁵ M. ELLIOT, *Beyond the European Convention: Human Rights and the Common Law*, in *Oxford Journals*, 07/08 2015.

principio e dai valori cui esse rimandano.

In conclusione, quando lo Human Rights Act fissa il requisito per cui tutta la legislazione primaria e secondaria è da interpretarsi in maniera compatibile con le norme della Convenzione fino a che sia *possible to do so*, in tal modo altro non farebbe che riaffermare il già consolidato *common law principle* che le Corti avrebbero sempre applicato al fine di tutelare i *common law rights* contro gli abusi dei pubblici poteri. Per cui questa nuova modalità di tutela dei diritti attraverso degli *enacted bill of rights* mai potrebbe sostituire integralmente un principio tanto radicato nel sistema inglese e mai si potrebbe avallare la rischiosa idea per cui “*basic rights can be legitimately, if temporarily, set to one side or recast to match current popular opinion*”.⁷⁶

A parte queste riserve, risulta chiaro che in tal modo si consuma una netta rottura con la teorica del *political constitutionalism*.

Una teorica quest’ultima del tutto contraria, come si sa, alla costruzione di un nesso tra il diritto ed i principi morali che dovrebbe essere affidato alla gestione dei giudici, dal momento che ciò vorrebbe dire assegnare ai giudici non più la soluzione di casi concreti quanto piuttosto la formulazione di *judgments of political morality* la cui interpretazione “*is indistinguishable from moral and political philosophy*”.⁷⁷

⁷⁶ T.R.S. ALLAN, *In Defence of the Common Law Constitution: Unwritten Rights as Fundamental Law*, London, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 5/2009, p. 15.

⁷⁷ Una visione critica della corrente del *common law constitutionalism* si trova in J. GOLDSWORTHY, *Parliamentary Sovereignty*, Cambridge, in *Cambridge University Press*, 2010; in particolare l’Autore si riferisce a queste teorie come

Questa critica era stata avanzata da J.A.G. Griffith nel suo famoso articolo che recava appunto il titolo *The Political Constitution* comparso nel 1979 sulla *Modern Law Review* e che è considerato quasi il manifesto del *political constitutionalism*.

L'Autore in particolare affermava in tale occasione che “*for centuries political philosophers have sought that society in which government is by laws and non by men. It is an unattainable ideal. Written constitutions do not achieve it. Nor do bills of rights. They merely pass political decisions out of the hands of politicians and into the hands of judges or other persons. To require a supreme court to make certain kinds of political decisions does not make those decisions any less political*”.⁷⁸

Secondo Griffith l'ordinamento inglese, al contrario di quelli continentali, sarebbe riuscito a sfuggire ai “*tentacles of the natural lawyers, the metaphysicians and the illusionists who gave the impression that the working of constitutions was something all done by mirrors, by sleight of hand, and by the use of nineteenth century language based on eighteenth-century concepts*”, in tal modo adottando una impostazione aderente al pragmatismo propugnato da Bentham e dislocando le decisioni politiche nel solo luogo a ciò appropriato vale a dire quello del *government*.⁷⁹

fondate non su una dottrina costituzionale quanto piuttosto sul “*myth of the common law constitution*”.

⁷⁸ J.A.G. GRIFFITH, *The Political Constitution* in *Modern Law Review*, 1979, p.16.

⁷⁹ Sottolinea Luigi Volpe che <Governare, dal punto di vista utilitaristico, domanda ‘efficienza’, ad a sua volta efficienza domanda ‘unità’, e ciò dal punto di vista utilitaristico costituisce una proposizione accettabile; quanto all’istanza

Ma l'incompatibilità tra questa teorica e quella del *common law constitutionalism* emerge in tutta la sua chiarezza nel rigetto di una teoria costituzionale che assuma a suo fondamento esclusivamente i diritti, dal momento che ciò annullerebbe la caratteristica di ogni ordinamento ovvero il “*continuous struggle between the rulers and the ruled about the size and shape of these claims*”. Sicché anche i diritti andrebbero riportati alla loro dimensione ‘politica’, evitando che < (...) *the appeals to “national consensus,” to “community morality,” to fundamental legal principles, to theories of justice*> possano far sì che “*the political and economic conflicts*” siano “*if not ignored, at least relegated to the kind of lower class arguments that take place below stairs*”.

Nel parafrasare la nota espressione utilizzata da Jeremy Bentham, Griffith definisce l'idea che i giudici o i legislatori siano chiamati a decidere basandosi su elementi e principi di natura astratta come “*nonsense on stilts*”, mentre al contrario “*laws are merely statements of a power relationship and nothing more. A law remains a political act about which it is indeed*

‘garantistica’, di cui l’idea dei poteri separati fa gran vanto, essa è già saldamente affidata al principio tutto britannico della rule of law, che altro non è se non giudizio ‘utilitaristico’ – cui perciò stare senza inventarsi sofisticati contrappesi – compiuto dal parlamento. (...) L’ “unione stretta” tra parlamento (maggioranza parlamentare) e governo entra così, tra i due *Reform Acts*, tra le certezze di cui il costituzionalismo britannico non vorrà più discutere; relegando perciò in un orizzonte *un-English* i grandi dibattiti continentali sui poteri separati>. Cfr. L. VOLPE, *British way and continental view, Avventurosi percorsi nei sentieri della comparazione*, in *La Costituzione Britannica*, Atti del convegno dell’Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, Bari, Università degli Studi, 29-30 maggio 2003, Volume 1, Giappichelli, 2005, p. 35.

possible to hold opinions”.⁸⁰

Si tratta di un'impostazione che per parte sua può innegabilmente vantare un importante retroterra sia storico che di ordine teorico, e tuttavia non si può nemmeno disconoscere la difficoltà, anche davanti ai cambiamenti intervenuti a seguito del processo di incorporazione, di riproporla in termini persino più radicalizzati.

⁸⁰ J.A.G. GRIFFITH, *ibidem*, p. 19.

CAP III

Il dialogo tra Strasburgo e Londra: la sezione n. 2 dello Human Rights Act e le peculiarità dell'ordinamento inglese

1. Taking into account ovvero il rapporto tra Corti inglesi e giurisprudenza europea alla luce della sezione n. 2 dello Human Right Act

Nella fase immediatamente successiva alla incorporazione, il rapporto tra l'applicazione dei principi della Convenzione da parte delle Corti inglesi e la giurisprudenza della Corte Europea è segnato dall'interpretazione della *section 2* dello HRA, che è diventata una delle più controverse disposizioni con cui i giudici inglesi si sono confrontati.⁸¹

Prendendo le mosse dal piano puramente letterale, la parte che qui maggiormente interessa della sezione n. 2 è quella che stabilisce che: “*a court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any: (a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights*”.⁸²

⁸¹ Per dovere di completezza, si ricorda che la sezione n. 1 svolge una funzione ricognitiva dei diritti tutelati dallo Human Rights Act; essi sono quei diritti la cui protezione è assicurata dagli articoli da 2 a 12 ed all'art. 14 della CEDU, nonché dagli articoli da 1 a 3 del Primo Protocollo e dall'art. 1 del Tredicesimo Protocollo.

⁸² La disposizione continua affermando che le Corti inglesi debbono tenere in considerazione anche: “*...any (b) opinion of the Commission given in a report adopted under Article 31 of the Convention, (c) decision of the*

Quel che ha dato vita a molteplici letture è stata la formula del *must take into account*; un'espressione che, presa alla lettera, si limiterebbe a richiedere che qualsiasi organo giudiziario, nell'ambito di una controversia connessa con un diritto garantito dalla Convenzione, “prenda in considerazione” la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Sulla scia di Helen Fenwick,⁸³ sul punto si possono individuare due principali impostazioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza inglese: la prima è incentrata sul *full mirror principle* stando al quale le Corti nazionali dovrebbero per l'appunto operare come se fossero degli specchi, “riflettendo” (*mirroring*) le decisioni della Corte Europea e quindi senza mai *outpace* (oltrepassare) la giurisprudenza di Strasburgo; con la variante (*partial-mirror*) che introduce elementi di maggiore elasticità, non escludendo che in taluni casi, per quanto eccezionali, le Corti domestiche possano motivatamente discostarsi dalla giurisprudenza europea; il secondo orientamento (*anti-mirror*) postula invece che le Corti domestiche, pur dovendo confrontarsi con l'anzidetta giurisprudenza, non avrebbero l'obbligo di osservarla ed anzi sarebbero tenute a distaccarsene nelle ipotesi in cui in sede sovranazionale non siano stati tenuti nella debita considerazione i principi fondamentali dell'ordinamento

Commission in connection with Article 26 or 27(2) of the Convention, or (d) decision of the Committee of Ministers taken under Article 46 of the Convention, whenever made or given, so far as, in the opinion of the court or tribunal, it is relevant to the proceedings in which that question has arisen”.

⁸³ H. FENWICK, *What's wrong with s. 2 of the Human Rights Act?*, in *Uk Constitutional Law Association Blog*, 9 October 2012.

inglese.

Tali orientamenti hanno trovato la loro concretizzazione, in diversi momenti storici, nelle decisioni della House of Lords e successivamente della Uk Supreme Court.

In una prima fase, di poco successiva all'entrata in vigore dello HRA, la disposizione della *sec. 2* venne intesa più che come obbligo *to take into account* come dovere *to be bound* dalla giurisprudenza *clear and constant* della Corte Europea.

Questa tendenza ha preso avvio in seguito allo *speech* del giudice della House of Lords, Lord Slynn, nell'*Alconbury case* del 2001, laddove egli esponeva la tesi secondo la quale le Corti avrebbero dovuto seguire “*any clear and constant jurisprudence of the European Court of Human Rights*”. Allo stesso modo in *Kay v London Borough of Lambeth* (2006) Lord Bingham, parlando a nome della Appellate Committee della House of Lords, partendo dall'assunto che la Corte Europea “*is the highest judicial authority on the interpretation of those rights, and the effectiveness of the Convention as an international instrument depend on the loyal acceptance by member states of the principles it lays down*” osservava come da ciò discendesse “*the clear duty of our domestic courts (...) to give practical recognition to the principles laid down by the Strasbourg court as governing the Convention rights*”.⁸⁴

La stessa impostazione si può registrare anche in un caso più recente, ovvero *Home Secretary v. AF* (2009), in particolare nelle parole di Lord Hoffman dove si legge al paragrafo 70 che

⁸⁴ *Kay v London Borough of Lambeth* (2006) UKHL 10, 2AC 465, at para 28.

“the United Kingdom is bound by the Convention, as a matter of international law, to accept the decisions of the ECtHR on its interpretation”: motivo per cui sarebbe quantomeno svantaggioso per la House of Lords discostarsi dalla giurisprudenza della Corte Europea rischiando di porre il paese *“in breach of the international obligation which it accepted to the Convention”*. Questa logica trova una ancor più netta espressione nelle lapidarie parole, pronunciate da Lord Rodger con l’approvazione dei *senior judges*, nello stesso caso al paragrafo 98, *“Even though we are dealing with rights under a United Kingdom statute, in reality we have no choice: Argentoratum locutum, iudicium finitum - Strasbourg has spoken, the case is closed”*.

L’orientamento fin qui considerato ed ispirato ad un atteggiamento quasi di ‘deferenza’ nei confronti di Strasburgo potrebbe essere collegato all’influenza della regola del precedente vincolante (*stare decisis*), che è senz’altro uno degli aspetti più peculiari dei sistemi di common law. Muovendo da questo presupposto, i giudici inglesi avrebbero inteso il rapporto con il giudice europeo come *vertical relationship*, guardando a Strasburgo come al vertice della piramide giurisprudenziale, e dunque considerandosi obbligati al rispetto nei suoi confronti, tanto da far dire che *“English human rights law finds itself to be nothing more than Strasbourg’s shadow”*.⁸⁵

Quanto svolto trova conferma nel caso *R (Ullah) v. Special*

⁸⁵ J. LEWIS, *The European Ceiling on Human Rights*, 2007, in *Public Law* 720, p. 730.

Adjudicator (2004) ed in particolare nelle parole di Lord Bingham il quale riafferma il dovere delle Corti, seppure non derivante da nessuna disposizione *legal*, di sottostare alla giurisprudenza *clear and constant* della Corte Europea.

Questa presa di posizione viene avvalorata dall'ulteriore argomento che il solo organo autorizzato ad interpretare *authoritatively* la Convenzione quale *international instrument* sia la Corte Europea stessa, posta al centro di un sistema in cui poco spazio è riconosciuto alle Corti nazionali, sicché il ruolo di queste ultime risulterebbe ridotto a quello di “*keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time; no more but certainly no less*”.

Lo schema del caso *Ullah* viene enfatizzato nel caso successivo *R (Clift) v Secretary of State for the Home Department* (2007) dove dalle parole del giudice Lord Hope si può cogliere un analogo atteggiamento di deferenza che lo porta ad affermare che “*the duty of national courts is to keep peace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time*”.

Sull'argomento si può riportare la critica di Aileen Kavanagh⁸⁶, che sottolinea come dallo schema seguito dalla House of Lords derivi una conseguenza di segno negativo; laddove una corte nazionale avesse voluto discostarsi dalla giurisprudenza di Strasburgo non sulla base di un *distinguishing*, come sarebbe stato permesso dal criterio del margine di apprezzamento, bensì al fine di fornire

⁸⁶ Cfr. A. KAVANAGH, *Constitutional Review under the Uk Human Rights Act*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

un'interpretazione più *generous* nel caso concreto, “*this would weaken and dilute the authority of the Strasbourg court and undermine the duty of judicial comity which exists between the domestic and Strasbourg Courts*”. La critica dell'Autrice si riferisce principalmente a quei campi in cui, mancando una giurisprudenza *clear and constant* risulta altamente probabile un'evoluzione della *case law*, e ciò anche considerando la *evolutive nature* della Carta. D'altro canto, osserva ancora l'Autrice, la stessa dottrina del margine di apprezzamento starebbe a testimoniare che la protezione dei diritti umani non debba essere necessariamente omogenea all'interno degli ordinamenti dei vari Stati aderenti alla Convenzione, fermi restando i limiti della anzidetta diversificazione e l'esigenza irrinunciabile della supervisione della Corte Europea. A maggior ragione pertanto, nulla avrebbe dovuto precludere l'eventualità che la tutela dei diritti in sede applicativa presentasse differenze “verso l'alto”, nel senso di un accrescimento di tutela davanti ai giudici nazionali rispetto alla giurisprudenza di Strasburgo.

Questa posizione critica, evidenziando come il *dictum* di Lord Bingham “*no more but certainly no less*” avrebbe potuto rovesciarsi in “*no less, but certainly no more*”, sottolineava insomma come la teorica del passivo rispecchiamento avrebbe privato assurdamente le Corti inglesi del potere di decidere in senso migliorativo sulla tutela dei diritti.

In effetti, si può notare come il *mirror principle*, in particolare nella formulazione che ne è stata data da Lord Bingham, se da un lato appariva meritevole di apprezzamento

per il fatto di considerare la Convenzione come *floor* (base), con il corollario del divieto di abbassamento del livello di tutela dei diritti umani rispetto agli standard fissati dalla Corte, dall'altro lato sembrava sottrarre alle Corti inglesi la loro comprovata propensione a raggiungere in via giurisprudenziale il massimo possibile di tutela dei diritti, imponendo un divieto di superamento della giurisprudenza di Strasburgo concepita non più come *floor* ma in definitiva come vero e proprio *ceiling* (tetto) invalicabile da parte delle Corti nazionali.

Sotto questo aspetto, la teorica del *mirror* appare finalizzata a preservare la supremazia del Parlamento nel quadro della *political constitution*, sicché soltanto all'organo rappresentativo sarebbe stata riservata la possibilità di ponderare il tasso di tutela da accordare ad un diritto, utilizzando allo scopo la clausola del margine di apprezzamento. Ciò come a riequilibrare quel principio della supremazia del Parlamento che risultava comunque ridimensionato, dal momento che nemmeno uno *statute* parlamentare avrebbe potuto declassare la tutela di un diritto rispetto a quella prevista dalla convenzione e dalla giurisprudenza applicativa.

In una diversa prospettiva si muove chi ha ritenuto che la regola in esame, in conformità ai dettami del *legal constitutionalism*, non potesse escludere adeguati margini di gioco per l'attività interpretativa dei giudici inglesi rispetto alla giurisprudenza della Corte EDU. Tale approccio ribalta dunque le premesse del *mirror principle* ed attribuisce anche alle Corti nazionali, e non soltanto alla Corte EDU, il compito

di sviluppare la Convenzione intesa come *living instrument*.

Questa impostazione argomenta che nelle intenzioni del legislatore inglese del 1998 lo HRA non avrebbe dovuto comportare una così marcata marginalizzazione delle Corti nazionali rispetto alla Corte di Strasburgo; sin dalla lettura dei primi paragrafi dello Human Rights Bill del 1997 si sarebbe potuto evincere che la volontà di includere le Corti di common law all'interno del sistema sovranazionale di tutela dei diritti umani si accompagnava alla riaffermazione del loro ruolo in vista dell'evoluzione della giurisprudenza in materia. Il riferimento è al paragrafo 1.14 dello *Human Rights Bill* dove era stato scritto che l'incorporazione della Convenzione nella *domestic law* avesse come vantaggio proprio quello che che tali diritti “*will be brought much more fully into the jurisprudence of the courts throughout the United Kingdom, and their interpretation will thus be far more subtly and powerfully woven into our law*”; ed ancora significativamente si affermava che “*British judges will be enabled to make a distinctively British contribution to the development of the jurisprudence of human rights in Europe.*”.

Non vi sarebbe dunque nessuna relazione di tipo gerarchico tra la Corte Europea e le Corti interne, ma piuttosto sarebbe stato disegnato un sistema aperto di *judicial dialogue* tra queste sedi giudiziali, nel corso del quale i giudici d'oltremania avrebbero potuto offrire un importante, se non decisivo, contributo non fosse altro che in considerazione dell'apporto inglese alla stessa stesura della Convenzione del quale a suo tempo si è detto.

Particolarmente efficace al riguardo è l'elaborazione di Roger Masterman⁸⁷ il quale contesta il *mirror principle* e rigetta l'idea che la giurisprudenza europea debba essere seguita rigidamente come *bounding precedent* al pari di quanto avviene nei sistemi di common law in cui vige la regola dello *stare decisis*, dal momento che “*Strasbourg decisions tend to be the elucidation of general broad principles as distinct from focused ratio decidendi*”. Né si manca di imputare all'utilizzo del *mirror principle* da parte della House of Lords la colpa di aver suscitato “*a damaging effect on political perceptions of the HRA and the link the Act creates between domestic law and the Convention jurisprudence*.”.

Questi postulati non hanno tardato a fare breccia nella giurisprudenza. In questo senso si è orientata la Court of Appeal che, sposando siffatta linea interpretativa della sezione n. 2, ha ritenuto che lo HRA richiedesse alle Corti di giustizia un impegno applicativo che permettesse di sviluppare “*a municipal law of human rights by the incremental method of the common law, case by case*”, con il solo onere di “*taking account of the Strasbourg jurisprudence*”; il che ha spinto ad esempio la Court of Appeal a pronunciarsi in senso favorevole all'appellante nel caso *Ghaidan v Godin-Mendoza* del 2002, su cui si tornerà più avanti nella trattazione e segnatamente nella parte dedicata alla sezione 3 dello Human Rights Act, in

⁸⁷ R. MASTERMAN, *Deconstructing the Mirror Principle*, in *The United Kingdom's Statutory Bill of Rights*, Edited by R. Masterman and I. Leigh, British Academy, 2013, in particolare pp. 66 e ss.

tal modo riconoscendo i *survivorship rights* anche alle coppie dello stesso sesso.

Secondo l'opinione espressa da Nico Krisch,⁸⁸ i motivi del successo iniziale della prassi/teoria del mirror presso la House of Lords andrebbero messi in relazione, più che alle difficoltà di decifrazione delle formulazioni testuali della sezione seconda, alla più ampia questione dell'*empowerment* del potere giudiziario nel Regno Unito già resa manifesta dal rafforzamento dei *review powers* (anche con riferimento al test di proporzionalità sugli atti amministrativi), ed ulteriormente drammatizzata a seguito di quella forma particolare di *judicial review* introdotta, come si vedrà meglio in seguito, dallo stesso Human Rights Act. Secondo questo modo di vedere, richiamandosi tanto rigorosamente alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sarebbe stato più agevole per i Lords esercitare una sorta di “controllo” sugli atti del Parlamento di gran lunga più penetrante rispetto a quanto sarebbe stato accettabile alla stregua dei principi della supremazia del parlamento e della separazione dei poteri.

Ora, non è detto che fosse intenzione della House of Lords incrementare il suo potere, visto anche quanto affermato in ex parte *Brind* (1991), ed inoltre se così fosse stato essa avrebbe dovuto rivendicare la propria autonomia rispetto alla Corte Europea in materia di tutela dei diritti grazie al ruolo di Corte “quasi costituzionale” che, secondo molti, avrebbe dovuto assumere a seguito dell'HRA. Più convincente appare

⁸⁸ N. KRISCH, *The Open Architecture of European Human Rights Law*, in *The Modern Law Review*, 2008.

piuttosto la spiegazione che tende a ricondurre l'interpretazione 'restrittiva' della sezione n. 2 dello Human Rights Act da parte delle Corti inglesi alla volontà, o alla necessità, da parte delle stesse di non porsi agli occhi dell'opinione pubblica come attrici di tipo politico pronte anche a modificare le scelte operate dal Parlamento.

Ed infatti, ben diversa sarà la presa di posizione della Uk Supreme Court che, agendo "*on more stable ground*", potrà sfruttare al meglio gli spazi di gioco presenti nella sezione n. 2, orientandosi decisamente verso lo schema del *judicial dialogue* con la Corte Europea. Il confronto concorrenziale della Supreme Court con la giurisprudenza di Strasburgo viene in evidenza sin dal noto caso *Horncastle* del 2009, in cui la Uk Supreme Court veniva chiamata a pronunciarsi su una serie di *appeals* concernenti la violazione dell'art 6 della CEDU (diritto ad un equo processo) in quanto la condanna si sarebbe basata sulla testimonianza di soggetti non comparsi in giudizio.

La decisione di rigetto della Corte Suprema appare ancor più rilevante se si considera che la Corte EDU nel caso di poco precedente *AL-Khawaja v. Uk* (2009) aveva considerato come violazione dell'art 6 "*a conviction based solely or to a decisive extent*" su una *hearsay evidence* (una testimonianza basata su una conoscenza non diretta dei fatti) tanto che la Supreme Court inglese invitava i giudici di Strasburgo "*to think again*".

Il rigetto della richiesta degli appellanti di conformarsi alla giurisprudenza di Strasburgo è così motivato da Lord Phillips,

estensore della decisione: *<the requirement to “take into account” the Strasbourg jurisprudence will normally result in this Court applying principles that are clearly established by the Strasbourg Court. There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between this court and the Strasbourg Court. This is such a case>*. È inoltre interessante notare come la stessa Supreme Court promuova un paragone tra garanzie del giusto processo nei paesi di civil law e nel sistema inglese di common law, evidenziando come in quest’ultimo non esista alcuna *sole or decisive rule*, assenza tuttavia compensata da una serie di meccanismi volti a controbilanciare l’impossibilità dell’imputato di controinterrogare il teste a carico. In seguito la Supreme Court analizza i sistemi di *fair trial* continentali, con particolare riferimento al sistema francese, mettendo in evidenza soprattutto le problematicità della fase istruttoria: *<The “instruction” was conducted in private episodically, often over many months, during which time the suspect might be held in detention. It included repeated interrogations of the suspect, who seldom exercised his right to remain silent. It included examination of witnesses in the absence of the*

suspect and his lawyer. [...] Interrogations or examinations were not recorded verbatim, but in the form of a summary of the evidence given. (...) The reports of the Strasbourg cases show that evidence given during the instruction by witnesses whom the defendant had had no chance to question was frequently used at the trial. There was no bar to the reception of hearsay evidence>.⁸⁹

Appare dunque evidente ciò che la Supreme Court intende fare, ovvero sottolineare come le garanzie previste dall'art. 6 della CEDU siano piuttosto indirizzate ai paesi di *civil law*⁹⁰ che non al Regno Unito in cui la garanzia del *fair trial* nei confronti dell'accusato ha radici molto solide ed antiche all'interno della common law.⁹¹

È stato notato da Giuseppe Martinico⁹² che in queste proposizioni si possono individuare due passaggi di particolare interesse: nel primo passaggio ci si riferisce all'obbligo procedurale stabilito dalla sec. 2 di *take into account*, ma differenziando il momento interpretativo dei *convention rights* (da condursi alla luce della giurisprudenza della Corte

⁸⁹ *R. v. Horncastle* [2009] UKSC 14, pt. 60.

⁹⁰ Come testimoniano le parole provocatorie di Lord Phillips: «*I am not aware that the civil law systems have a comparable body of jurisprudence*», così facendo riferimento alla forza delle garanzie a favore dell'individuo apprestate dalla giurisprudenza delle Corti di common law; Cfr. *R. v. Horncastle* [2009] UKSC 14, par. 23.

⁹¹ Basti ricordare che il *right to fair trial* figurava già nel 1215 all'interno della Magna Carta attraverso il riferimento al '*lawful judgment of his peers*' come presupposto per qualunque arresto.

⁹² G. MARTINICO, *Corti Costituzionali (o Supreme) e "Disobbedienza funzionale"*, *Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010-2015.

europea) dal momento applicativo (necessariamente inserito nell'ordinamento nazionale); nel secondo passaggio la Corte fa riferimento ad una "disobbedienza funzionale" che diventa praticabile qualora la Corte EDU abbia omesso di apprezzare le peculiarità dell'ordinamento domestico, ma anche qualora la trasposizione dell'interpretazione europea nell'ordinamento interno possa dare luogo a risultati irragionevoli.

È utile ricordare che successivamente alla decisione della Supreme Court, la Grande Camera della Corte EDU ha riesaminato la decisione della quarta sezione nel caso *Al-Khawaja*, decidendo infine in senso favorevole al governo inglese. Ciò non vuol dire che venga abbandonato il criterio della prova "unica o determinante", ma esso viene declinato in maniera flessibile in modo tale da risultare compatibile con le specificità del processo penale inglese (facendo riferimento alle garanzie procedurali, ai fattori di bilanciamento nonché ad una equa valutazione dell'affidabilità degli stessi).

Sul punto è stato giustamente notato da Lord Carnaath che tale *case* ha costituito un primo importante esempio delle potenzialità del pluralismo costituzionale e del dialogo tra le Corti, come tale esulante dalla sfera del principio di sussidiarietà e del canone del margine di apprezzamento.

Tale tipo di ragionamento volto al dialogo non era peraltro completamente nuovo ma aveva dei suoi antecedenti già in alcune *opinions* dei giudici inglesi, quali ad esempio quella di Lord Hoffmann nel caso *R v Lyons* o quella di Lord Scott nel

caso *Doherty v Birmingham City Council*.⁹³

Tale orientamento trova conferma in una sentenza di poco successiva, pronunciata nel caso *Manchester City Council v. Pinnock*. In linea di continuità con quanto espresso da Lord Phillips il giudice estensore, Lord Neuberger, afferma che “*the Court is not bound to follow every decision of the ECtHR. Not only would it be impractical to do so: it would sometimes be inappropriate, as it would destroy the ability of the Court to engage in the constructive dialogue...which is of value to the development of Convention law*”. Come si vede ritorna il motivo del dialogo tra le Corti che sarebbe pregiudicato laddove le Corti inglesi si ritenessero vincolate a seguire gli orientamenti della Corte Europea; il che comunque non toglie, secondo la Corte, che in presenza di una linea *clear and constant* della Corte EDU “*it would be wrong...not to follow that line*”; per quanto, come notato da più parti, la Corte abbia mancato di spiegare perché sarebbe sbagliato non osservare la giurisprudenza di Strasburgo, quasi che vi fosse qualcosa di autenticamento magico (*magic*) nel fatto che la Corte EDU abbia creato una linea giurisprudenziale *clear and constant*,

⁹³ Per quanto riguarda l’opinione di Lord Hoffmann particolarmente significativo è il passaggio nel quale il giudice osservava che “*If, for example, an English court considers that the ECtHR has misunderstood or been misinformed about some aspect of English law, it may wish to give a judgment which invites the ECtHR to reconsider the question...There is room for dialogue on such matters*” (*R v Lyons*, 2002, UKHL 44 1 AC 976, at para 65-66). In modo simile Lord Scott affermava che laddove le decisioni della Corte Europea “*appear to be based on an imperfect understanding of domestic law or procedure, they need not, and in my opinion should not, be followed*” (*Doherty v. Birmingham City Council*, 2008 UKHL 57, 3 WLR 636, at para 88).

mentre seguire tale indirizzo potrebbe a sua volta costituire un “*extended repetition of error*” (secondo le parole di Lord Irvine).

Ed ancora viene posto in evidenza da Lord Irvine l’*enervating effect of this reasoning*, che si materializza ad esempio nel caso *Ambrose v Harris* del 2011 in cui la Supreme Court si mostra del tutto restia a superare la giurisprudenza della Corte Europea al fine di assicurare una maggiore tutela dei diritti in questione, come testimoniano le parole di Lord Hope.⁹⁴

Nel caso citato compare la *dissenting opinion* di Lord Kerr che si pronuncia contro quella “*Ullah-type reticence*” che impedirebbe alla Corte di discostarsi dalla giurisprudenza della Corte Europea nel timore di una sua reazione. Facendo poi leva sul valore del dialogo tra le Corti Lord Kerr sottolinea che “*if the much vaunted dialogue between national courts and*

⁹⁴ Cfr. *Ambrose v. Harris*, UKSC, 6 October 2011; nel caso di specie si trattava di una questione riguardante la tutela del diritto di difesa garantito dalla CEDU ed in particolare di stabilire se il diritto ad essere difesi da un avvocato andasse garantito anche in una fase preliminare rispetto a quella del giudizio (addirittura al momento in cui il comportamento dell’appellante era stato contestato da parte degli agenti che lo avevano fermato con la sua automobile); la Corte Suprema si mostra qui restia, come bene si legge nelle parole di Lord Hope, ad assicurare una tutela più ampia di tale diritto rispetto a quella assicurata dalla stessa Convenzione, proprio considerando che “*it would be to go further than Strasbourg has gone to hold that the appellants are entitled to a finding that this evidence is inadmissible because, as a rule, access to a lawyer should have been provided to him when he was being subjected to questioning at the roadside*” (par. 67).

Strasbourg is to mean anything, we should surely not feel inhibited from saying what we believe Strasbourg ought to find in relation to those arguments”.

L'esigenza di valorizzare il sistema di common law di tutela dei diritti è stata successivamente ripresa dalla Supreme Court che in varie sentenze ribadisce l'importanza primaria di un *“common law grounding of rights protection”*. Ci si riferisce in particolare alla sentenza *Osborn v Parole Board* del 2013, in cui nelle parole di Lord Reed viene ben delineato il rapporto tra *convention rights* e *domestic law*: *“the values underlying both the Convention and our own constitution require that Convention rights should be protected primarily by a detailed body of domestic law”*. Come si vede, il ragionamento muove dalla premessa che *“the Convention taken by itself is too unspecific to provide the guidance which is necessary in a state governed by the rule of law”*: compare ancora una volta il motivo sempre presente nel pensiero costituzionale inglese della necessità che le norme a tutela dei diritti siano circostanziate in modo da consentirne l'applicazione da parte delle Corti secondo i principi cardine della *rule of law* (primo tra tutti certezza del diritto e chiarezza delle leggi). In definitiva, all'esito di queste argomentazioni la Convenzione viene relegata a svolgere un ruolo *fundamentally subsidiary* rispetto al sistema domestico basato sulla legge del parlamento e sulla giurisprudenza delle Corti.

Appare significativo che all'indomani del caso *Osborn* Lord Sumption tornasse ad esprimere il suo dissenso nei confronti delle ritenute invadenze della Corte Europea, accusandola di

creare una “*new law in respects which are not foreshadowed by the language of the Convention and hich Parliament would not necessarily have anticipated when it passed the Act*”.

Il definitivo superamento del *mirror principle* si rinviene in due casi, entrambi del 2014. Il primo è *A v. BBC*, deciso in appello dalla Uk Supreme Court, dove viene stabilito che il principio di common law della *open justice* debba rimanere in vigore nonostante l'applicazione dell'art. 10 della Convenzione; in particolare Lord Reed sottolinea come l'apertura delle Corti al *public scrutiny* derivi proprio dal ruolo dei giudici come guardiani della *rule of law*, elemento imprescindibile dell'ordinamento inglese. Il secondo caso è *Kennedy v. The Charity Commission* dove trova conferma un processo di sviluppo della common law destinato a convergere con i principi della Convenzione, tanto da divenire “*a fruitful feature of United Kingdom jurisprudence*”.

Nello stesso caso è ribadito che “*in some areas, the common law may go further than the Convention, and in some context it may also be inspired by the Convention rights and jurisprudence (the protection of privacy being a notable example). And in time, of course, a synthesis may emerge*”; tuttavia, nonostante tale atteggiamento di apertura al dialogo tra le Corti, non viene comunque perso di vista che “*the natural starting point in any dispute is to start with domestic law, and it is certainly not to focus exclusively on Convention*

rights, without surveying the wider common law scene".⁹⁵

Altrettanto significative sono le parole del Lord Justice della Court of Appeal, Sir John Laws, nel caso *R (on the application of the Children's Rights Alliance for England) v. Secretary of State for Justice*, che si riportano di seguito: "*there is a great deal to be gained from the development of a municipal jurisprudence of the Convention rights, which the Strasbourg court should respect out of its own doctrine of the margin of appreciation, and which would be perfectly consistent with our duty to take account of (not to follow) the Strasbourg cases*".

Come testimoniano gli ultimi riferimenti giurisprudenziali si può concludere dunque osservando che le Corti inglesi, ed in particolare la Supreme Court, sono definitivamente addivenute alla emancipazione, più o meno netta che sia, rispetto a quell'atteggiamento di "deferenza" che si era affermato nel corso della fase iniziale di applicazione dell'Human Rights Act.

⁹⁵ *Kennedy v. Charity Commissioners*, 2014 UKSC 20 [2015] AC 455, par. 46, Lord Mance.

2. *Rule of law e separazione dei poteri nell'ordinamento inglese: la posizione della Corte EDU nei casi Sunday Times e McGonnell*

Considerando ora il punto di vista sovranazionale, è da dire che emerge con maggiore intensità la rilevanza della specificità dell'ordinamento inglese in sede di applicazione dei principi convenzionali nei casi *Sunday Times v. Uk* del 1979 e *McGonnell v. Uk* del 2000, nei quali la Corte europea si trova a confrontarsi con un principio, quello della *rule of law*, così radicato nell'ordinamento costituzionale inglese e così diverso rispetto alle categorie dello Stato di Diritto continentale.

Nel caso *Sunday Times* venne rilevata da parte della Corte la violazione dell'art 10 della Convenzione (*right to freedom of expression*) operata da una *injunction* della House of Lords nei confronti del giornale *Sunday Times*, che voleva pubblicare un'inchiesta relativa ai potenziali effetti dannosi di un farmaco. Secondo i *Lords* infatti la pubblicazione di siffatta inchiesta avrebbe potuto interferire con i procedimenti giudiziali instaurati contro la casa farmaceutica produttrice del farmaco dannoso, nel senso di condizionare l'"imparzialità" e l'"autorevolezza" dell'organo preposto alla decisione del caso.

La Corte EDU, tuttavia, giudica tale misura *disproportionate* ed *unnecessary* (vista la mancanza di un "*pressing social need*") per il fine di mantenere intatta *l'autorità* e *l'imparzialità* del potere giudiziario, due concetti per i quali la Corte EDU ritiene sia ravvisabile un "consensus standard" a livello europeo. Operando un confronto con il precedente caso

Handyside i giudici di Strasburgo evidenziano che *<The scope of the domestic power of appreciation was not identical as regards each of the aims listed in Article 10 (2), so that while State authorities were, for example, in a better position to determine a question as to the “protection of morals”, the same could not be said of the far more objective notion of the “authority...of the judiciary”, resulting in a more extensive European supervision and correspondingly less discretionary power of appreciation>*.

Particolarmente interessante è poi il ragionamento che viene portato avanti dalla Corte con riferimento alla nozione di *law* dove si intravedono delle difficoltà nel conciliare il significato che tale termine assume in un ordinamento di common law come quello inglese con la nozione di ‘legge’ propria degli ordinamenti continentali più congeniale al modo di ragionare della Corte EDU. Il punto di partenza del ragionamento è dato dall’espressione *prescribed by law* che appare nell’art. 10 CEDU (dove si fa riferimento appunto alle misure che interferiscono con la libertà di espressione e che devono necessariamente essere *“prescribed by law and... necessary in a democratic society... for maintaining the authority and impartiality of the judiciary”*); qui la Corte specifica che il termine *law* vale ad identificare non solo la legge scritta, la *statute law*, ma anche la *unwritten law*, che assunta come fattore caratteristico della costituzione inglese fin dalle sue origini e ricadente dunque nella nozione di legge ai fini delle interferenze con il diritto di cui all’art. 10 CEDU. In un significativo passaggio la Corte EDU sottolinea proprio che

<It could not be concluded that the injunction was “unnecessary” simply because it could or would not have been granted under a different legal system: the Convention did not require absolute uniformity and States remained free to choose the measures which they considered appropriate>.

Successivamente viene considerata la specificità della fattispecie del *contempt of court* dell'ordinamento inglese, ritenendo che l'alveo dell'art. 10 comma 2 (con riferimento alla natura delle limitazioni alla libertà di espressione) copra anche tale meccanismo proprio dei paesi di common law e non legislativamente disciplinato. Il *contempt of court* viene definito come *"a means whereby the courts may act to prevent or punish conduct which tends to obstruct, prejudice or abuse the administration of justice either in relation to a particular case or generally"*, posto non già a difesa della *dignity* dei giudici bensì a protezione della *"administration of justice and the fundamental supremacy of the law"* (Committee on Contempt of Court). La principale difesa degli opposenti era basata sul fatto che la disciplina del *contempt of court* da cui scaturiva la decisione della House of Lords fosse *vague* ed *uncertain*, non potendo dunque ritenersi compresa nell'art. 10 CEDU per il quale, come visto, le misure restrittive della libertà di espressione debbono essere *prescribed by law*; gli opposenti dunque sembrano proporre alla Corte EDU un'interpretazione della nozione di *law* in senso sostanziale, che necessita di una serie di corollari quali anzitutto la certezza e la comprensibilità del divieto.

Ad essere messo in discussione non è il fatto che il *contempt*

of court sia una creatura della common law di cui manchi un'espressa disciplina legislativa, perché sarebbe contrario alle stesse intenzioni della Carta ritenere che una restrizione imposta da una *virtue* della common law non possa considerarsi come *prescribed by law*. Ciò significherebbe infatti privare lo Stato nel caso specifico della facoltà dell'art. 10 comma 2 fino a minare le fondamenta del suo stesso *legal system*. Semmai ciò che viene in discussione è la necessità di una disciplina legislativa laddove la common law risulti poco chiara ed equivoca tanto da suscitare dubbi dal punto di vista del rispetto del principio della certezza del diritto; esigenza questa peraltro radicata nella stessa tradizione costituzionale inglese dove il principio della *rule of law* richiede appunto la presenza di regole chiare e certe. È interessante notare nell'ottica della comparazione tra sistemi di common law e sistemi di civil law come l'espressione *prescribed by law* corrisponda nella versione francese della Convenzione alla locuzione "*prévues par la loi*", mentre nelle altre disposizioni (art 8 (2), art 1 Protocollo n.1, art 2 Protocollo n.4) alla versione francese corrispondono le nozioni inglesi di "*in accordance with the law*", "*provided for by law*" e "*in accordance with law*". Ciò che la Corte tenta di fare è dunque conciliare tali diversificazioni del concetto di legge derivanti dalle tradizioni storico-giuridiche degli Stati al fine di assicurare un'applicazione il più possibile uniforme della Carta e coerente con le sue finalità.

È forse in quest'ottica che si possono leggere i successivi passaggi in cui i giudici di Strasburgo forniscono una serie di

corollari mediante i quali identificare una legge sia essa posta legislativamente sia essa una legge non scritta in quanto prodotto di un sistema di common law; in particolare la legge deve essere *adequately accessible* e formulata “*with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct*”.

Secondo la Corte nel caso concreto tali requisiti erano rispettati dal momento che gli appellanti “*were able to foresee, to a degree that was reasonable in the circumstances, the consequences of publication of the draft article.*”; secondo la Corte EDU, dunque, la restrizione della garanzia del diritto alla libertà di espressione da parte della *injunction* della House of Lords è da considerarsi restrizione *prescribed by law* ammessa dall’art. 10 CEDU nonostante il *contempt of court* sia solo in parte disciplinato positivamente dall’ordinamento inglese (attraverso il Contempt of Court Act del 1981).

Come si vede la Corte EDU dimostra di tenere in considerazione le specificità dell’ordinamento inglese e ciò è testimoniato dal fatto che la rilevata violazione dell’art. 10 non si fonda su una negativa valutazione da parte della Corte della capacità della common law di apprestare la tutela necessaria ai diritti fondamentali degli individui anche al di fuori dello strumento della *statute law* bensì sul diverso argomento per cui “*the inference...did not correspond to a social need sufficiently pressing to outweigh the public interest in freedom of expression within the meaning of the Convention.*”

Thomas Hughes, uno dei membri di spicco dell’organizzazione inglese *Article 19* impegnata nella tutela della libertà di espressione in Inghilterra, ha sottolineato

l'importanza del caso *Sunday Times* con il quale la Corte EDU avrebbe “*filled the gap where there are bad court decisions, repressive Uk laws, or simply no laws at all. As a final court of appeal it has shown time and again that it is a vital backstop when the British courts fail to protect free speech*”.⁹⁶

Qui la giurisprudenza della Corte di Strasburgo viene vista come fattore idoneo a colmare le lacune nella tutela dei diritti dell'ordinamento inglese non solo a livello della legislazione bensì della stessa giurisprudenza delle Corti, quasi che queste ultime non riuscissero più a svolgere appunto il ruolo di depositarie dei principi e dei valori più fondamentali della common law in vista della difesa delle libertà del singolo rispetto al potere.

Una visione questa che, per colmare le lacune che potrebbero emergere nel campo della tutela dei diritti, si rivolge ad una fonte che non è più la common law bensì una fonte eteronoma di natura giurisprudenziale.

Il tema della *rule of law* torna anche nel caso *McGonnell*⁹⁷ dove viene soprattutto declinato dal punto di vista della separazione dei poteri. Come noto, mentre lo Stato di diritto continentale è stato sin dalle origini caratterizzato da un sistema di divisione dei poteri legislativo, giudiziario ed esecutivo, in Inghilterra il principio della *rule of law* ha contribuito a rendere il sistema più ‘fluidico’ senza realizzare un

⁹⁶ La frase è riportata da un articolo del *Guardian* del 3 ottobre 2014, dal titolo *The European court of human rights judgments that transformed British law*.

⁹⁷ *McGonnell v The United Kingdom*, Third Section ECHR, No. 28488/95, 8 February 2000.

vera e proprio delimitazione dei campi di esercizio del potere pubblico.⁹⁸ Ciò era testimoniato in particolare dal ruolo del Lord Chancellor che rivestiva funzioni di tipo giudiziale nonché di tipo legislativo ed esecutivo.

Il caso *McGonnell* riveste particolare importanza per la discussione circa il ruolo ricoperto dal *Bailiff* dell'Isola di Guernsey (una dipendenza della Corona Britannica situata nel canale della Manica), discussione che ha successivamente investito anche alcuni antichi e consolidati meccanismi presenti nell'ordinamento inglese; nel caso di specie, nonostante sulla base del *detailed development plan* (DDP6) dell'isola di Guernsey fosse stato negato il permesso a costruire al sig. McGonnell, egli aveva comunque proceduto con i lavori e per tale motivo era stato perseguito legalmente.

Nel 1995 la Royal Court of Guernsey, presieduta dallo stesso

⁹⁸ Per un quadro generale della nascita e del peculiare sviluppo del sistema della separazione dei poteri in Inghilterra si veda il classico lavoro di M.C.J. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Liberty Fund, 2nd ed., 1967; per un approfondimento dell'iniziale ruolo dualistico (da un lato assemblea rappresentativa e dall'altro Corte di giustizia) del Parlamento inglese e della sua progressiva affermazione come organo legislativo si veda C.H. MACILWAIN, *The High Court of Parliament and Its Supremacy*, New Heaven: Yale University Press, 1910; l'Autore sottolinea in particolare come, almeno fino al Long Parliament del XVII secolo, il Parlamento inglese non fosse considerato a pieno un organo legislativo, continuando a svolgere piuttosto funzioni assimilabili a quelle di una Alta Corte, una sorta di "*law-declaring machine*". Questo era dovuto alla prevalente visione della legge come entità fondamentale ed immutabile, non alterabile da parte del *government* perché conoscibile, secondo il famoso assunto del giudice Coke, soltanto attraverso quella *artificial reason* posseduta dai *common lawyers* attraverso lo studio del diritto (p. 110 e ss.); sullo stesso tema cfr. anche T.F.T. PLUCKNETT, *Statutes and their Interpretation in the First Half of the Fourteenth Century*, Cambridge, 1922, pp. 22-25 e 31.

Bailiff che cinque anni prima (nelle vesti di Deputy Bailiff) aveva presieduto il dibattito parlamentare per l'approvazione del DDP6, respingeva l'appello del sig. McGonnell e la questione giungeva infine alla Corte Europea.

Per comprendere la vicenda è necessario considerare la peculiare figura del *Bailiff* dell'Isola di Guernsey, che riveste sia funzioni giurisdizionali (come *senior judge* della Royal Court e Presidente della Court of Appeal) che funzioni differenti, di tipo esecutivo ma anche legislativo (President of the States of Election, President of the States of Deliberation, President of four States Committees), così da creare, nel caso di specie, una stretta interrelazione tra i poteri potenzialmente suscettibile di inficiare, nell'esercizio delle sue funzioni di *judicial officer*, i requisiti di imparzialità ed indipendenza richiesti dall'art. 6 della CEDU.

La Corte EDU nella sua decisione faceva infatti presente che: “*the mere fact that the Deputy Bailiff presided over the States of Deliberation when DDP6 was adopted in 1990 is capable of casting doubt on his impartiality when he subsequently determined, as the sole judge of the law in the case, the applicant's planning appeal. The applicant therefore had legitimate grounds for fearing that the Bailiff may have been influenced by his prior participation in the adoption of DDP6. That doubt in itself, however slight its justification, is sufficient to vitiate the impartiality of the Royal Court, and it is therefore unnecessary for the Court to look into the other aspects of the complaint*”. Viene dunque ravvisata da parte della Corte una violazione dell'art. 6 della Carta non in

ragione della incompatibilità con esso del sistema come tale, ma più concretamente perché il Bailiff aveva presieduto lo State of Deliberation nel momento in cui era stato adottato l'atto in questione, col serio rischio che ne fosse compromessa la sua imparzialità durante il giudizio che aveva visto protagonista l'appellante e lo stesso Bailiff in qualità di giudice.

La Corte si dimostra peraltro concorde con quanto sostenuto dal governo inglese, il quale aveva sottolineato nel corso del giudizio che la Convenzione in generale, e l'art. 6 nel caso di specie, non richiedessero l'adesione a nessun "*theoretical constitutional concepts*", ed in particolare l'adesione ad un determinato sistema 'rigido' di separazione dei poteri.⁹⁹

⁹⁹ È la stessa Corte Europea a riportare quanto sostenuto dal governo inglese in riferimento alla questione della separazione dei poteri: "*the Government recalled that the Convention does not require compliance with any particular doctrine of separation of powers. They maintained that whilst the Bailiff has a number of positions on the island, they cannot give rise to any legitimate fear in a reasonably well-informed inhabitant of Guernsey of a lack of independence or impartiality because the positions do not involve any real participation in legislative or executive functions. (...) In connection with the reasons for the Royal Court's judgment, the Government considered that the Bailiff's summing-up, taken together with the decision of the Jurats, gave sufficient reasons to comply with Article 6 of the Convention*" (par. 47); i giudici di Strasburgo si mostrano d'accordo laddove sostengono che "*the Court can agree with the Government that neither Article 6 nor any other provision of the Convention requires States to comply with any theoretical constitutional concepts as such*"; le questioni relative a presunte ipotesi di violazione dell'art. 6 della Convenzione debbono dunque essere sempre decise sulla base del caso concreto: "*the question is always whether, in a given case, the requirements of the Convention are met. The present case does not, therefore, require the application of any particular doctrine of constitutional law to the position in Guernsey: the Court is faced solely with the question whether the Bailiff had the required "appearance" of independence, or the required "objective" impartiality*"> (par. 51).

3. Il margine di apprezzamento come strumento di dialogo

Come si è visto, la questione del rilievo da riconoscere alle caratteristiche peculiari dell'ordinamento inglese ha investito la giurisprudenza della Corte Europea che ha spesso tentato di risolvere situazioni anche di forte conflittualità con il Regno Unito utilizzando gli strumenti della sussidiarietà e del margine di apprezzamento che, come si sa, operano nei rapporti tra Stati e Corte EDU proprio in vista del bilanciamento tra esigenze di uniformità nel trattamento dei diritti fondamentali e istanze di preservazione delle specificità nazionali.

Non vi sarebbe neppure bisogno di ricordare che tali concetti si caratterizzano per il fatto di non trovare in origine riconoscimento esplicito nella Convenzione ma per essersi affermati in via dottrinale e nella giurisprudenza della Corte Europea sin dalle prime sentenze per poi essere ufficializzati, non a caso su richiesta del Regno Unito, nel preambolo della Carta stessa, in ottemperanza al Protocollo 15 approvato dagli Stati nel 2012 in seguito alla Conferenza tenutasi a Brighton (sulla quale si avrà modo di tornare in seguito).

Altrettanto noto è che sussidiarietà e margine di apprezzamento sono concetti tra loro saldamente connessi che insieme determinano le modalità di funzionamento del sistema di tutela dei diritti in modo da restituire agli stati membri, come già si diceva, una qualche sfera di autonomia in materia, sicché essi possono considerarsi come profili di un più

generale “principio di prossimità”.¹⁰⁰

Va ancora ricordato che, per quanto riguarda la sussidiarietà, in base a tale principio la Corte europea riconosce che le autorità nazionali, ed in particolare le autorità giudiziarie, rivestono un ruolo indipendente all'interno del sistema della CEDU, in quanto principali garanti a livello nazionale dei diritti e delle libertà riconosciuti e garantiti dalla stessa Convenzione; un principio che trova espressione in particolare nell'articolo 1 (che impone agli stati di garantire i diritti e le libertà riconosciuti dalla convenzione a tutti coloro che ricadono all'interno della propria giurisdizione), 13 (che richiede la presenza di rimedi nazionali efficaci) e 35 (criterio dell'esaurimento dei rimedi interni prima di poter ricorrere alla corte di Strasburgo).

Ben più problematica la nozione di margine di apprezzamento, già per il fatto che essa non è rintracciabile positivamente nelle disposizioni della Convenzione, ma è nata come criterio decisionale, che ha messo capo ad una vera e propria dottrina, che, nella giurisprudenza della Corte EDU, è stata sviluppata soprattutto nella chiave del *self-restraint*.

Tale dottrina è stata da molte parti celebrata come uno strumento flessibile capace di armonizzare la tutela dei diritti

¹⁰⁰ L'espressione è utilizzata da M.R. MORELLI in un intervento dal titolo *Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte Costituzionale* tenuto nell'ambito di un incontro di studio, organizzato in data 20 settembre 2013 presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, dal tema *Principio di sussidiarietà delle giurisdizioni sovranazionali e margine di apprezzamento degli stati nella giurisprudenza della corte europea dei diritti*.

apprestata dalla Carta, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, con le norme nazionali in materia di diritti, soprattutto laddove ritenute non collimanti con le norme della Convenzione. Allo stesso tempo non sono mancate critiche, basate in particolare sulla eccessiva vaghezza del canone e sulla imprevedibilità dei modi di utilizzo.¹⁰¹

Volendo sinteticamente ripercorrere le tappe fondamentali della evoluzione del concetto di margine di apprezzamento, la sua genesi è rintracciabile nella giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all'applicazione dell'art. 15 della Convenzione, ovvero quella disposizione che permette agli Stati di derogare agli obblighi convenzionali in caso di guerra o di altro pericolo pubblico o di emergenza interna.

Successivamente, il canone del margine di apprezzamento ha travalicato i confini dell'art 15 per trovare applicazione anche in riferimento ad altri diritti codificati dalla Convenzione, quali in particolare i diritti di libertà e sicurezza personale

¹⁰¹ Particolarmente incisiva in questo senso la *dissenting opinion* del giudice della Gran Chamber della Corte Europea dei diritti dell'uomo Malinverni nel caso *Lautsi and others v. Italy* del 2011: <Whilst the doctrine of margin of appreciation may be useful, or indeed convenient, it is a tool that needs to be handled with care because the scope of that margin will depend on a great many factors: the right in issue, the seriousness of the infringement, the existence of a European consensus, etc. The Court has thus affirmed that 'the scope of that margin of appreciation is not identical in each case but will vary according to the context. (...) Relevant factors include the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual and the nature of the activities concerned. The proper application of this theory will thus depend on the importance to be attached to each of these various factors. Where the Court decrees that the margin of appreciation is a narrow one, it will generally find a violation of the Convention; where it considers that the margin of appreciation is wide, the respondent State will usually be "acquitted">; *Lautsi and Others v. Italy*, 18 marzo 2011, p. 47.

(articolo 5), il rispetto della vita privata e familiare (articolo 8), la libertà di pensiero, di coscienza e di religione (articolo 9) la libertà di espressione (articolo 10) di riunione e di associazione (articolo 11), il principio di non discriminazione (articolo 14) ed il diritto di proprietà riconosciuto dall'art. 1 del I Protocollo.

Per tornare ora al Regno Unito, il canone di cui si parla ha trovato applicazione relativamente a fattispecie insorte nel drammatico contesto del conflitto nord-irlandese. Ci si riferisce anzitutto al caso *Lawless* del 1961 dove la Corte, nel valutare il ricorso di un cittadino irlandese accusato di vicinanza all'IRA e sottoposto a detenzione senza previo processo, esplicitamente riconosce che il Regno Unito gode di un certo margine di apprezzamento sia in ordine alla ricorrenza di una situazione di emergenza (nella specie l'esistenza di un gruppo terroristico armato) sia in ordine alle "misure strettamente richieste dalla situazione" (nella specie consistenti in deroghe all'art 5 della Convenzione).

Ulteriore sviluppo nel caso inglese della dottrina del margine di apprezzamento si ritrova in *Uk v. Ireland* del 1978, nel quale la Corte si trova a valutare la compatibilità con la Convenzione delle deroghe adottate dal governo inglese in base all'art 15 della CEDU. In particolare da parte irlandese, pur non mettendosi in discussione l'esistenza di una situazione di emergenza (ancora una volta ravvisabile nell'attività di terrorismo dell'IRA), veniva contestato che alcune misure poste in essere dal governo britannico fossero "strettamente richieste dalla situazione", così come richiesto dall'art 15 ai

fini della attivazione della clausola derogatoria di cui si tratta.

In un passo molto noto, ma che vale la pena ricordare, la Corte perfeziona la giurisprudenza del caso *Lawless* individuando la seguente ratio nella dottrina del margine di apprezzamento: “*the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 para. 1 leaves those authorities a wide margin of appreciation. Nevertheless, the States do not enjoy an unlimited power in this respect. The Court, which is responsible for ensuring the observance of the States engagements is empowered to rule on whether the States have gone beyond the extent strictly required by the exigencies*”.

Come si vede, la Corte utilizza il criterio della *better position* per giustificare un ampio (*wide*) margine di apprezzamento riservato agli Stati in particolare nella valutazione sull'esistenza di una situazione di pericolo ed in merito alle necessarie misure derogatorie rispetto alle norme della convenzione. Tuttavia non vi è nemmeno, e non potrebbe essere altrimenti, una totale ed incondizionata discrezionalità degli Stati, dal momento che alla Corte è riservato il potere di valutare se lo Stato sia andato oltre quanto strettamente richiesto dalle esigenze concrete.

Nella specie, la Corte EDU ritenne infine che la detenzione preventiva senza forme di *judicial review* fosse strumento necessario viste le contingenze concrete della lotta al terrorismo e che dunque il Regno Unito non avesse

oltrepassato i limiti del margine di apprezzamento previsto dall'art. 15 CEDU.

Sempre nell'ambito del conflitto nord-irlandese emerge nuovamente la questione del controllo giurisdizionale sulle misure derogatorie adottate dagli Stati; ci si riferisce segnatamente al caso *Brannigan and McBride v. Uk* del 1993, che riguardava la procedura di estensione della detenzione di due sospettati di terrorismo, senza il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria, contro la quale i due ricorrenti invocavano dinanzi alla Corte EDU una violazione dell'art. 5 della Convenzione. Anche in questo caso la Corte EDU ammette la protrazione della detenzione, benché ancor più consistente rispetto alla misura privativa della libertà già discussa nel caso *Brogan*,¹⁰² in quanto compresa ancora una volta nell'ambito di operatività del margine di apprezzamento riservato agli Stati dall'art. 15 CEDU¹⁰³.

¹⁰² Nel caso *Brogan* la Corte Europea valuta anzitutto fondamentale la garanzia dell'art. 5 al fine di proteggere l'individuo dalle interferenze arbitrarie dello Stato nella sua sfera di libertà e considera il controllo giurisdizionale sull'attività del potere pubblico come una delle articolazioni del principio della *rule of law*. Successivamente la Corte differenzia tra l'espressione '*promptly*' utilizzata nel testo inglese e l'espressione francese '*aussitôt*' considerando la prima più elastica ma non così tanto da giustificare una detenzione di 4 giorni e 6 ore senza apparire dinanzi ad un'autorità giudiziaria e ravvisa dunque la sussistenza di una violazione dell'art 5 della CEDU; Cfr. *Brogan v United Kingdom* 11 Ehrr 117 1988.

¹⁰³ È stato notato da O. Pollicino che è proprio nel caso *Brannigan*, e specificamente nella *concurring opinion* del giudice Martens, che emerge per la prima volta un cambiamento nella *judicial attitude* della Corte EDU. Il giudice Martens in particolare sottolinea come dal 1978, dunque dalla nascita del concetto di margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte Europea, le "*present day conditions*" siano radicalmente cambiate nel sistema della Convenzione. Ciò sarebbe da ricondurre al fatto che "*the 1978*

In particolare, secondo la Corte EDU, il margine di apprezzamento riservato agli Stati può ben ricomprendere la stessa previa valutazione circa la necessità o la convenienza di attivare qualche forma di controllo da parte del potere giudiziario in circostanze eccezionali quali la lotta al terrorismo.

Ma la Corte EDU arriva a tali conclusioni anche alla luce dei meccanismi di garanzia apprestati dalla common law, quali soprattutto il potere di *review* da parte di apposite Commissioni nonché le *annual reviews* da parte del Parlamento circa le misure di salvaguardia contro possibili abusi.

Occorre ancora osservare che la questione sottesa al caso in esame assume particolare rilevanza dal punto di vista dei poteri del *government* nell'assetto costituzionale britannico e soprattutto pone il quesito se esso sia idoneo di per sé a tutelare adeguatamente i diritti fondamentali degli individui senza l'interposizione dei *common law judges*.

Non erano mancate infatti all'interno della Corte EDU opinioni (come quelle di Mr. Loucaides, Mrs. Thune e Mr.

view of the Court as regards the margin of appreciation under Article 15 was, presumably, influenced by the view that the majority of the Member States of the Council of Europe might be assumed to be societies which had been democracies for a long time and, as such, were fully aware both of the importance of the individual right to liberty and of the inherent danger of giving too wide a power of detention to the executive" (p. 100), un assunto che non sarebbe più valido in seguito dall'adesione alla Convenzione da parte degli Stati con una democrazia più giovane ed instabile; Cfr. O. POLLICINO, *Toward a Convergence Between the EU and ECHR Legal Systems? A Comparative Perspective*, in *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law, An Italian Perspective*, edited by G. Repetto, Intersentia, 2013.

Rozakis) che mettevano in discussione la validità di misure di detenzione senza l'esperimento di un qualche *minimum judicial control*. Interessante notare come il governo del Regno Unito insista al contrario sulla natura strettamente *political* del problema, con la conseguenza che meccanismi di *judicial review* non solo non sarebbero stati necessari alla luce delle regole della common law ma avrebbero addirittura minato il presupposto fondamentale della *indipendence* del potere giudiziario, attirando i giudici su un terreno, quello delle decisioni politiche, che la common law riserverebbe esclusivamente al potere del *governemnt*.

A riprova di ciò si può notare che nei Reports di Lord Colville, inclusi nei Government's Annexes to the Memorial del caso *Brannigan and McBride*, è scritto significativamente che "*the essential problem is that the adversarial approach of the common law does not enable a consideration of a detention to take place before a judicial tribunal of the type envisaged in the Convention*";¹⁰⁴ di qui la polemica sulla possibilità che un *some new tribunal* potesse "*oversee these powers*", il che secondo Lord Colville non avrebbe fatto altro che riflettere "*a continuing divergence of procedures between most of the rest of Europe and ourselves*".¹⁰⁵

Le ragioni del governo britannico trovano ascolto da parte della Corte EDU, come dimostra il fatto che non viene rilevata nel caso concreto nessuna violazione dell'art 13 della

¹⁰⁴ *Annexes to the Government's Memorial* (A-F), Lord Colville, Annex B, at 65, para. 4.4

¹⁰⁵ *Ibidem*, Annex B, at 108, para. 3.3.

Convenzione che tutela il diritto ad un “*effective remedy before a national authority*”.

Quanto all'utilizzo del canone del “consenso comune” o *consensus standard* da parte della Corte Europea, anche stavolta, e non a caso, la sua elaborazione è avvenuta in occasione dell'esame da parte della Corte di questioni attinenti al trattamento dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese.

Una prima descrizione del canone del consenso comune si ebbe difatti nel caso *Handyside* del 1976, quando la Corte dovette giudicare sulla condanna di un editore inglese, con conseguente provvedimento di sequestro e confisca delle pubblicazioni, per violazione delle norme poste a difesa della morale pubblica (con riferimento particolare a contenuti sessuali ritenuti osceni) dallo *Obscene Publications Act*; in particolare si trattava di valutare se la limitazione della libertà di espressione tutelata dalla Convenzione trovasse o meno giustificazione nel 2 comma dell'art. 10 della Carta, e se dunque le misure adottate dal Regno Unito fossero effettivamente necessarie e proporzionate ai fini della tutela di un principio di moralità all'interno di una società democratica e pluralista. Nel decidere favorevolmente al Regno Unito la Corte si è appunto basata principalmente sulla mancanza a livello delle legislazioni nazionali di un consenso comune sulla nozione di morale, che ciascun ordinamento tutela secondo canoni strettamente nazionali: il che comporta un margine di apprezzamento ampio per gli Stati in virtù della loro *better position* rispetto alla Corte di Strasburgo nel valutare gli

standard nazionali di tutela.

Ma nonostante l'applicazione del margine di apprezzamento e del consenso comune che, come si è visto, nei casi di maggiore importanza hanno spinto la Corte Europea a rigettare le doglianze nei confronti del regime giuridico inglese concernente i diritti fondamentali; nonostante questo, si diceva, non si può negare che nel corso del tempo la giurisprudenza europea sia stata avvertita, nel dibattito dottrinale come in quello politico, come una interferenza negli equilibri raggiunti sul terreno dei diritti e della loro tutela dall'ordinamento inglese e dalla secolare esperienza di common law.

In altre parole, benché la Corte Europea si sia mossa secondo una logica di convivenza tra l'esigenza di una tutela omogenea ed uniforme dei diritti umani nei paesi aderenti alla Convenzione e l'esigenza di rispetto delle specificità nazionali (culturali, sociali e giuridiche), questo non sembra aver appianato un certo senso di estraneità dell'Isola rispetto alla Carta scritta dei diritti e una certa sensazione di pericolo per l'alterazione dell'equilibrio raggiunto tra il principio della supremazia del Parlamento e l'apporto giurisprudenziale delle Corti di common law.

4. *Il difficile rapporto tra Regno Unito e Corte EDU: dal caso Hirst alla Conferenza di Brighton*

Costituisce conferma di quanto appena detto il fatto che la dottrina inglese sia riuscita in qualche modo a conciliare una Carta dei diritti di tipo universale ed astratta con la concretezza richiesta dalla *rule of law*; mentre ben più combattuto è stato il rapporto con la Corte Europea, sul quale ha pesato il convincimento che i diritti possono essere *universal* in astratto, ma sono necessariamente *national* nella loro applicazione.¹⁰⁶

Il problema della compatibilità dell'ordinamento inglese con la CEDU, e con la sua applicazione sempre più incisiva da parte della Corte Europea, si è riproposto in tempi recenti e la

¹⁰⁶ Ciò è stato evidenziato con particolare vigore da Lord Hoffmann, il quale parte dall'assunto che sebbene i paesi originari della Convenzione fossero d'accordo su una Carta dei diritti, ciò non volesse dire che essi fossero egualmente d'accordo sull'uniformità di applicazione di questi diritti posti in modo astratto in ciascuno dei paesi aderenti alla Convenzione. Emblematico il passaggio in cui l'Autore polemizza in qualche modo con quegli orientamenti più votati a considerare la Convenzione come uno "strumento vivente" nelle mani della Corte Europea: "*the fact that the 10 original Member States of the Council of Europe subscribed to a statement of human rights in the same terms did not mean that they had agreed to uniformity of the application of those abstract rights in each of their countries, still less in the 47 states which now belong. The situation is quite different from that of the European Economic Community, in which the Member States agreed that it was in their economic interest to have uniform laws on particular matters which were specified as being within European competence. On such matters, the European institutions, including the Court of Justice in Luxembourg, were given a mandate to unify the laws of Europe. The Strasbourg court, on the other hand, has no mandate to unify the laws of Europe on the many subjects which may arguably touch upon human rights*"; Cfr. LORD HOFFMANN, *The Universality of Human Rights*, Judicial Studies Board Annual Lecture, 19 March 2009, p. 12.

Conferenza di Brighton ne rappresenta una tappa cruciale che ha visto coinvolti nella relativa discussione il Regno Unito e gli organi del Consiglio d'Europa, oltre a una serie di ONG impegnate nel campo della tutela dei diritti umani, in seguito al tentativo del governo inglese di rafforzare il principio del margine di apprezzamento in funzione di contenimento del ruolo della Corte europea.

Questo tentativo sembra debba collegarsi in particolare ad alcune decisioni della Corte europea (*Hirst v. Uk*, *Abu Qatada v. Uk*, da ultima *Vinter v. Uk* del 2013) accolte in maniera molto sfavorevole dall'opinione pubblica britannica e che hanno suscitato forti reazioni da parte del governo del paese.

Il caso più celebre, quantomeno per l'acceso dibattito a cui ha dato luogo, è certamente *Hirst v Uk* del 2005 nel quale la Corte Europea si pronunciò sul *Representation of the People Act* (RPA) del 1983, che prevedeva una generale restrizione del diritto di voto per i detenuti, ritenendo che essa violasse la disposizione dell'art. 3 Protocollo 1 della Convenzione, che sancisce il *right to free and fair elections*.

La vicenda prendeva le mosse dalla decisione della Divisional Court nel caso *Hirst v Attorney General* del 2001; la Divisional Court venne investita della questione della incompatibilità del divieto di voto per tutti i *convicted prisoners* con la disposizione dell'art 3 della CEDU. La Corte inglese si mostrò molto scettica verso l'idea di una modifica del RPA, tanto da ritenere di non dover neppure sollevare la questione di incompatibilità ai sensi della sec. 4 dello Human Rights Act: si è limitata dunque ad appellarsi al fatto che la

proibizione fosse “*plainly a matter for Parliament, not for the courts*” (utilizzando le parole del Lord Justice Kennedy), così confermando la prudenza nell’applicazione dei diritti previsti dalla Convenzione quando ciò comportasse una smentita frontale delle decisioni assunte dagli organi politici.

La vicenda non tardò comunque ad arrivare a Strasburgo, dove i giudici della Corte Europea riconobbero la violazione dell’art 3 della CEDU da parte del *Representation of the People Act*, nella parte relativa alla restrizione generale del diritto di voto dei detenuti.

La Corte di Strasburgo non ha escluso in via di principio la operatività del criterio del margine di apprezzamento per quanto riguarda le discipline nazionali relative alle modalità di esercizio del diritto di voto; tuttavia, una restrizione generale ed automatica come quella dell’ordinamento inglese venne ritenuta dai giudici della Corte Europea ingiustificabile anche alla stregua della discrezionalità degli Stati ed in ogni caso non rispettosa del requisito della proporzionalità delle deroghe o delle limitazioni statali (a conferma di tale posizione, nel caso *Scoppola c. Italia* del 2012 la Grande Camera ha affermato la legittimità del sistema italiano, nel quale la limitazione del diritto di voto per i detenuti tiene conto delle diverse tipologie di condanna).

Successivamente alla decisione della Corte Europea appena richiamata, la questione si ripresentò nel caso *Smith v. Scott* del 2007, dove significativamente la Scottish Court, conformandosi all’orientamento della Corte EDU sulla base della sez. 2 dello HRA, pronunciò una *declaration of*

incompatibility.

Il caso, come brevemente descritto, risulta di interesse soprattutto per le ripercussioni che esso ha avuto nel dibattito politico inglese, tanto da essere stato definito da qualcuno addirittura “*a perfect storm*”.¹⁰⁷

Quel che subito emerge è una dura resistenza del Parlamento inglese nei confronti della decisione di Strasburgo, tanto che quando nel febbraio del 2011 veniva presentata nella House of Commons una mozione in favore del mantenimento della “*current situation in which no prisoner is able to vote except those imprisoned for contempt, default or on remand*” solo 22 membri si opponevano (a fronte di 234 favorevoli). Altrettanto netta la posizione del governo inglese, per il quale il divieto di voto ai detenuti rappresenta un “*fundamental element of the Uk’s electoral arrangements*”, tanto che lo stesso Premier di allora David Cameron significativamente dichiarava all’indomani della decisione della Corte Europea che “*if parliament decides that prisoners should not get the vote then I think they damn well shouldn’t. It should be a national decision taken in our parliament.*”.

Una reazione così intensa può spiegarsi considerando che nella decisione della Corte di Strasburgo si è voluta vedere non tanto (o non solo) la volontà di assicurare lo svolgimento di *free and fair elections*, quanto piuttosto una valenza

¹⁰⁷ L’espressione è utilizzata da C.R.G. MURRAY, *A perfect storm: Parliament and Prisoner Disenfranchisement*, in *Parliamentary Affairs*, Oxford, 2011.

conflittuale rispetto al potere decisionale del Parlamento inglese e per di più in una materia, come quella delle elezioni, che si riteneva strettamente legata a indirizzi di politica nazionale.

L'illazione avrebbe trovato riscontro in quel passaggio della sentenza in cui la Corte europea si spinge sino a dire che "*it cannot be said that there was any substantive debate by members of the legislature on the continued justification...for maintaining such a general restriction on the right to prisoners to vote*".¹⁰⁸ Giova a tal proposito ricordare che da un'antica regola consuetudinaria della common law discende il principio, riconosciuto dall'art 8 del Bill of Rights, per cui nessun giudice può decidere su questioni che siano strettamente attinenti allo svolgersi dei lavori parlamentari, né tantomeno può spingersi sino a valutare nel merito la "qualità" del dibattito all'interno delle due *Houses* in relazione all'approvazione delle leggi.

Come osservato da Tom Lewis,¹⁰⁹ l'attenzione della Corte Europea sembrerebbe invece focalizzarsi sull'adeguatezza dei processi di *decision-making* del Parlamento. È stato inoltre evidenziato¹¹⁰ che il caso *Hirst* solleva delle questioni centrali relativamente alla funzione dello Human Rights Act ed alla sua incidenza sull'assetto dei poteri, che possono essere

¹⁰⁸ *Hirst v United Kingdom*, 2005, ECHR 681, par. 79.

¹⁰⁹ T. LEWIS, "*Difficult and slippery terrain*": *Hansard, human rights and Hirst v Uk*, (2006), PL 209.

¹¹⁰ The Rt Hon the Baroness Hale DBE, *Beanstalk or Living Instrument? How tall can the European Convention on Human Rights Grow?*, *Gray's Inn Reading*, 2011.

riassunte nei seguenti interrogativi posti dalla giudice inglese:
“is it the right of the democratically elected Parliament to decide who their electorate should be? or is the whole point of the Convention to protect certain values independently of the will of the majority? does democracy value each person equally even if the majority does not? and in any event, who represents the majority? to what extent should any court be sensitive to the strongly held views of the current majority?”.

Senza la pretesa di dare risposta qui a queste domande, si può notare che se si parte dal presupposto che il principio della *sovereignty of parliament* sia rimasto invariato nella sua originale forza e nel suo significato, non si potrebbe che rispondere positivamente al primo quesito, ma col rischio di dover estendere la risposta pressoché a tutte le materie che interferiscono con i diritti tutelati dalla Convenzione. Se invece, adottando una visione più incentrata sui fattori di evoluzione dell'ordinamento inglese, si assume il valore costituzionale dello Human Rights Act e l'importanza del ruolo dei giudici nell'interpretazione e nell'applicazione della Convenzione, accompagnato dalla funzione nomofilattica della Corte Europea, bisognerebbe affermare che la garanzia dei diritti e delle libertà debba operare indipendentemente dalle decisioni degli organi politici, e richiedendo dunque una più estesa possibilità di intervento dei giudici, soprattutto quando vengano in gioco questioni concernenti la tutela delle minoranze.

A tale proposito, si deve richiamare l'attenzione sugli avvenimenti successivi alle sollecitazioni della Corte europea

rivolte all'Inghilterra al fine di adeguare la legislazione inglese ai diritti tutelati dall'art 3 della Convenzione; ci si riferisce al fatto che il Governo, dando seguito a tali richieste, ha prodotto nel 2012 un *Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill*, affidandone la valutazione ad una Joint Committee formata da 12 membri, 6 di ogni House. Secondo tale Committee una modifica dell'attuale legge sarebbe stata inevitabile visti gli obblighi internazionali cui l'Inghilterra soggiace in virtù della sua adesione alla Convenzione, nonché per il fatto che altrimenti il paese avrebbe rischiato *"to take the grave step of undermining the international rule of law, which the United Kingdom has worked for many decades to defend and promote, for the sake of a small modification of domestic law"*.

Nonostante il parere positivo della Joint Committee, le resistenze in seno al partito Conservatore ma anche in rilevanti settori dell'opinione pubblica, di cui si è fatto portatore lo stesso premier di allora, hanno impedito che si procedesse nel senso indicato, per cui ad oggi rimane in vigore il regime originario del *Representation of the People Act*.

Gli attriti tra Corte Europea e governo inglese emersi nella vicenda relativa al caso *Hirst* si ripresentano in *Abu Qatada*. In quest'ultimo caso, dopo una vicenda giudiziaria molto complessa che non è possibile ricostruire nei dettagli, la UK Supreme Court si era pronunciata in favore dell'estradizione nel suo paese di origine dell'imputato, accusato di porre in essere attività di radicalizzazione nel Regno Unito, ma avendo presente che in quel paese vi era il rischio concreto che egli

potesse essere sottoposto a tortura e ad un giudizio privo delle adeguate garanzie. Veniva proposto dunque un appello dinanzi alla Corte EDU la quale stabiliva che Abu Qatada non poteva essere estradato dal momento che ciò avrebbe comportato una violazione del suo diritto ad un *fair trial* previsto dall'art 6 della Convenzione, basando la decisione sul fatto che *“no legal system based upon the rule of law can countenance the admission of evidence – however reliable – which has been obtained by such a barbaric practice as torture. The trial process is a cornerstone of the rule of law. Torture evidence damages irreparably that process; it substitutes force for the rule of law and taints the reputation of any court that admits it. Torture evidence is excluded to protect the integrity of the trial process and, ultimately, the rule of law itself”*. Solamente dopo la ratifica di un accordo con la Giordania che fissava talune garanzie a tutela dei diritti degli imputati in processi per terrorismo Abu Qatada potè essere estradato dal Regno Unito.

Come si può facilmente intuire, la vicenda non passò certo inosservata ed anzi diede adito a molte critiche nei confronti della Corte Europea, considerata anche la particolare delicatezza del problema del terrorismo islamico. A battersi contro la decisione della Corte EDU, nonché contro quella della Special Immigration Appeal Commission che aveva ribaltato la sentenza della Uk Supreme Court, furono soprattutto la Home Secretary del tempo (ed attuale Premier, Theresa May) ed il Justice Secretary Chris Grayling. Si rimproverava dunque alla Corte EDU la mancata o insufficiente consapevolezza delle contingenze della lotta al

terrorismo, tanto che secondo Grayling si sarebbero resi necessari “*major changes to the way the European human rights framework operates*”; se possibile ancor più nette sono le parole di alcuni membri del Parlamento, come ad esempio quelle del North Est Somerset MP il quale notava criticamente “*has not the time come for this Parliament once more to legislate to prohibit appeals to foreign courts and to prohibit the judgments of foreign courts leading our judiciary?*”; il conservatore Jacob Rees-Mogg addirittura auspicava che il governo inglese seguisse la *Henry VIII ruling* per la quale appellarsi ad un Corte fuori dal Regno costituiva un tipo di *high treason*.

A parte il dibattito politico e l'eco giornalistico che la vicenda ha avuto in Inghilterra, è da notare che la decisione della Corte Europea aveva fatto leva sul concetto di *rule of law*, inteso non in senso formale come mero rispetto delle regole procedurali, bensì in senso sostanziale come garanzia di alcuni diritti fondamentali degli individui da tutelarsi anche al di fuori dei confini nazionali degli Stati, quali il diritto ad essere sottoposti ad un *fair trial* ed il divieto di trattamenti inumani quali la tortura. Ciò è quanto emerge anche nelle parole del Master of the Rolls della Court of Appeal, laddove viene affermato che: “*torture is universally abhorred as an evil. A state cannot expel a person to another state where there is a real risk that he will be tried on the basis of evidence which there is a real possibility may have been obtained by*

torture”,¹¹¹ e che dunque non si può ricondurre la vicenda al fatto che l'imputato sia “*a dangerous and controversial person*”, dal momento che i principi di garanzia della *rule of law* “*do not distinguish between extremely dangerous persons and others who may not constitute any danger in the United Kingdom and whom the Secretary of State wishes to deport to face trial in another country*”.¹¹²

Un analogo modo di vedere si può riscontrare in dottrina nel pensiero di Conor Gearty, il quale metteva in evidenza l'incongruenza dei Conservatori nel volere depotenziare la *rule of law* per aumentare i poteri dell'esecutivo, andando così in senso contrario a quella stessa tradizione (da Blackstone a Dicey) che nella *rule of law* trova il suo fondamento.¹¹³

Un'altra voce nella stessa direzione è quella di Gavin Phillipson, il quale ha definito il dibattito politico circa la vicenda di Abu Qatada “*illuminating and alarming in equal measure*” tanto da far riflettere su “*how precarious Britain's interwoven system of international and domestic protection for human rights may actually be these days*”¹¹⁴ sino addirittura ad ipotizzare il fallimento (*failure*) del tentativo di impiantare lo Human Rights Act “*into our political, still less our popular culture*”. Secondo l'Autore sia che ci si ponga in un'ottica

¹¹¹ Master Of The Rolls Lord Justice Richards and Lord Justice Elias in the Court Of Appeal (Civil Division) on Appeal from the Special Immigration Appeals Commission Mr Justice Mitting, Sc/15/2005, par. 58.

¹¹² *Ibidem*, par. 56.

¹¹³ Cfr. C. GEARTY, *The Important Inconvenience of the Rule of Law*, in *Uk Constitutional Law Blog*, 30th March 2013.

¹¹⁴ Cfr. G. PHILLIPSON, *Debating the Abu Qatada affair*, in *Uk Constitutional Law Blog*, 24th November 2012.

simile a quella del *legal constitutionalism* e delle teorie di Dworkin intese a rafforzare il ruolo dei giudici nella protezione dei diritti fondamentali, sia che si propenda più dalla parte del *political constitutionalism*, “*at least the argument for rights has got to be won in the political sphere*”; ciò significa che non è possibile prescindere dal fatto che sono le scelte operate a livello politico ad incidere sugli strumenti a disposizione degli stessi giudici per la tutela dei diritti degli individui, mentre la common law può assicurare in questi casi solo un *limited fight-back*.

Sta di fatto che la discussione sul caso dell’extradizione di Abu Qatada ha mostrato, come precedentemente il caso Hirst, che quando vengono messe in discussione le scelte che rientrano negli ambiti ritenuti di stretta competenza del *government* (sistema elettorale, sicurezza interna), si acuiscono le difficoltà nell’accettare che una Corte sovranazionale possa, in nome di una propria concezione dei diritti fondamentali anche distante da quella caratteristica della common law inglese, contrastare le decisioni assunte a livello politico nazionale.

Problematiche simili sono emerse anche più nel più recente caso *Vinter*,¹¹⁵ concernente la compatibilità dell’ergastolo per crimini particolarmente gravi, senza possibilità di *review*, con l’articolo 3 della CEDU che proibisce i trattamenti inumani e degradanti.

Prima di dar conto della sentenza della Grand Chamber è

¹¹⁵ 896/10 – Grand Chamber Judgment, [2013] ECHR 645, 66069/09.

utile dapprima esaminare alcune decisioni delle Corti britanniche sulla compatibilità delle *mandatory life sentences* con l'art. 3 della CEDU. In particolare si fa riferimento al caso *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Hindley*¹¹⁶ nel quale la House of Lords aveva ravvisato che vi fosse “*no reason, in principle, why a crime or crimes, if sufficiently heinous should not be regarded as deserving lifelong incarceration for purposes of pure punishment*” (Lord Steyn) o ancora al caso *R v. Bieber*¹¹⁷ dove questa volta la Court of Appeal si era appoggiata ad una visione forte del principio del margine di apprezzamento; riprendendo la giurisprudenza della Corte Europea nel caso *Kafkaris*¹¹⁸ essa aveva infatti affermato che si può dare il caso che vi siano Stati Membri i quali considerano “*that there is a maximum sentence of imprisonment that can be justified by way of punishment, after which humanity requires that the offender be given the opportunity to demonstrate that he is fit to be permitted back into society*” ma che “*the United Kingdom does not rank among such Member States*”, non potendosi considerare ciò in conflitto con l'Articolo 3 della Convenzione.

Posizione simile è dato ritrovare anche nel caso *R v. Oakes and others*,¹¹⁹ laddove la Court of Appeal del Regno Unito ancora una volta aveva messo in evidenza come se da un lato

¹¹⁶ *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Hindley* [2001] 1 AC 410, HL.

¹¹⁷ *R v. Bieber* [2009] 1 WLR 223.

¹¹⁸ *Kafkaris v. Cyprus* [GC], no. 21906/04, ECHR 2008.

¹¹⁹ *R v. Oakes and others* [2012] EWCA Crim 2435.

“every civilised country embraces the principle encapsulated in Article 3” dall’altro “these issues relating to just and proportionate punishment are the subject of rational debate and civilised disagreement”, con la conseguenza che potrebbero legittimamente esistere “different answers in different countries, and indeed different answers at different times in the same country”. La Court of Appeal proseguiva facendo leva sull’argomento ‘storico’ evidenziando come tali differenze fossero “at least in part a consequence of the history of each country”, e che non sarebbe stato di competenza della Corte Europea mettere in discussione “the long established common law principle that the sentence should be proportionate in all the relevant circumstances of the offence and the criminal who has committed it”.

Nonostante tali argomentazioni delle Corti inglesi miranti a privilegiare il dato del rispetto dell’identità nazionale e delle decisioni degli organi democratici, nel caso *Vinter* la Corte EDU si dice comunque *“not persuaded by the reasons adduced by the Government for the decision not to include a twenty-five year review in the current legislation on life sentences in England and Wales”* evidenziando inoltre una *“lack of clarity as to the current law concerning the prospect of release of life prisoners”*, soprattutto per quanto concerne il ruolo del Secretary of State, non ritenendo una garanzia sufficiente il fatto che esso debba agire in conformità alle norme della Convenzione come stabilito dalla *sec. 6* dello Human Rights Act, né che la legislazione in materia vada comunque interpretata in maniera compatibile con la

Convenzione (sec. 3 HRA).

La Corte EDU si professa infine “*not persuaded that, at the present time, the applicants’ life sentences can be regarded as reducible for the purposes of Article 3 of the Convention*” ritenendo dunque che “*the requirements of Article 3 in this respect have not been met in relation to any of the three applicants*”.

Questo rapporto a tratti tormentato tra Regno Unito e Corte Europea si è traslato successivamente a livello politico, ed ha trovato una prima espressione compiuta nel discorso tenuto nel 2012 da David Cameron dinanzi all’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa, dove vengono elencate anche alcune proposte del Regno Unito per regolare i rapporti tra Stati e Corte EDU.

Il discorso inizia significativamente con l’affermazione della centralità dei diritti nella storia inglese a partire dalla Magna Carta e del “*vital role*” della Corte EDU e del Consiglio nella difesa dei diritti umani, sino alla definizione, riprendendo la metafora di Sir Maxwell-Fyfe utilizzata con riferimento alla neonata Convenzione, della Corte quale *beacon for the cause of human rights*.

Tuttavia vengono in seguito sottolineate le criticità che metterebbero in discussione il ruolo stesso della Corte; di particolare importanza, dal momento che costituirà la principale proposta di modifica avanzata dal Regno Unito in occasione della Conferenza di Brighton, sono le osservazioni critiche circa le modalità di funzionamento del canone del margine di apprezzamento. Viene soprattutto posto l’accento

sulla necessità di considerare con maggiore attenzione, per non dire rispetto, le decisioni prese dai parlamenti nazionali, alludendo così in modo neppure troppo velato ai casi in precedenza esaminati; Cameron utilizza l'espressione "*credible democratic anxiety*" per descrivere il timore, ben giustificato a suo dire, che la Corte Europea potesse erodere lo spazio di competenza dei processi democratici, qui riferendosi esplicitamente a quanto avvenuto nel braccio di ferro tra governo inglese e Corte EDU sul caso *Hirst* e sulle questioni concernenti l'estradizione (caso *Abu Qatada*): *controversial rulings* che rischiano di "*overshadow the good and patient long-term work that has been done, that not only fails to do justice to the work of the Court*", traducendosi in un "*corrosive effect on people's support for human rights*".

Da tali prese di posizioni derivano le proposte di riforma avanzate dal Regno Unito, finalizzate a valorizzare il principio di sussidiarietà il quale dovrebbe rimettere ai *national governments* il compito di assumere in via prioritaria la "*responsibility for safeguarding their citizens' rights*", anche in linea con il principio del margine di apprezzamento soprattutto nel caso dei ricorsi individuali.¹²⁰

In via consequenziale, tra le proposte di riforme avanzate quella di maggiore evidenza è il rafforzamento dei due principi (sussidiarietà e margine di apprezzamento) attraverso il loro

¹²⁰ Il discorso di David Cameron di fronte all'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa è consultabile sul sito internet *assembly.coe.int*, sessione: 23-27 January 2012. Le riforme avanzate dal Regno Unito sono contenute nella bozza di Dichiarazione di Brighton presentata al Consiglio il 23 febbraio 2012.

espresso richiamo nel testo della Convenzione (all'art. 19).

Seppure le proposte britanniche riecheggiano nella dichiarazione finale di Brighton, esse risultano depurate dei tratti che più incisivamente avrebbero influito sul funzionamento del sistema della CEDU. D'altra parte, su questo esito non potevano non pesare le considerazioni avanzate dall'allora presidente della Corte europea sir Nicolas Bratza, il quale metteva in evidenza che “gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno accettato di mettere in opera un meccanismo prettamente giudiziario funzionante nell'ambito dello Stato di diritto”, per cui sarebbe stato impensabile “che i governi possano in qualche modo imporre alla Corte come debba evolversi la sua giurisprudenza o come debba esercitare le funzioni giudiziarie conferitele”¹²¹.

Non vi è bisogno di sottolineare la distanza tra questa prospettiva e quella fatta propria dal governo inglese: quest'ultima tutta orientata a preservare le ritenute peculiarità dell'assetto costituzionale inglese e la sua specifica concezione dei diritti fondamentali, l'altra volta a perseguire un alto tasso di omogenità nella tutela dei diritti negli ordinamenti degli Stati firmatari.

Non sembra che il compromesso raggiunto abbia finito addirittura per potenziare il ruolo della Corte europea, nonostante le parole del suo President.¹²² Per quanto questo

¹²¹ Cfr. il discorso di Sir Nicolas Bratza, Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, Conferenza di alto livello, Brighton 18-20 aprile 2012, p. 2.

¹²² Il Presidente della Corte EDU Dean Spielmann in un'udienza solenne tenuta il 25 gennaio 2013 aveva affermato che la Conferenza di Brighton “*turned out to be a very positive event for the Court*” e che “*the Court is*

compromesso si sia tradotto nell'inserimento del principio del margine di apprezzamento non già in un ulteriore articolo della Convenzione ma nel Preambolo, questa soluzione, per quanto sia stata ritenuta "equivoca", esprime tuttavia "un ben chiaro messaggio alla Corte".¹²³

now undeniably strengthened in its mission of supervising compliance with the European Convention on Human Rights" soprattutto grazie al fatto "*the right of individual petition, to which we are all committed – a major characteristic of our system – has been preserved*"; Cfr. *Solemn hearing of the Court*, Dean Spielmann, President of the European Court of Human Rights Strasbourg, 25 January 2013.

¹²³ L'espressione è utilizzata da V. ZAGREBELSKY in AIC rivista n° 4/2012, data pubblicazione 12/12/2012, *Note Sulle Conclusioni Della Conferenza Di Brighton "Per Assicurare L'avvenire Della Corte Europea Dei Diritti Dell'uomo"*, p. 4.

CAP IV

Dalla rule of law all' interpretazione conforme ed alla declaration of incompatibility degli atti legislativi: le sezioni 3 e 4 dello HRA ed il ruolo della Uk Supreme Court

1. *La giurisprudenza sulla sezione 3 dello Human Rights Act ed il criterio della "interpretazione conforme": garanzia o pericolo per la sovereignty of Parliament?*

Riprendendo ora l'esame dello Human Rights Act, è da dire che la sezione 3 rappresenta certamente la disposizione di maggiore rilievo per quel che riguarda il rapporto tra *legislation* e *jurisprudence* nell'applicazione delle norme della Convenzione all'interno dell'ordinamento inglese.

Essa stabilisce che: "*so far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights*", così richiedendo alle Corti di interpretare la legislazione primaria e secondaria "*whenever enacted*" (a prescindere se emanata prima o dopo l'entrata in vigore dello HRA), per quanto possibile, in armonia con le norme poste a tutela dei diritti fondamentali da parte della CEDU e conformemente all'interpretazione dispensata dalla Corte Europea.

La questione che tale disposizione ha sollevato ben presto è la individuazione del limite fino al quale potrebbe spingersi la

interpretazione conforme senza convertirsi in un'attività difficilmente distinguibile da quella della creazione del diritto.

Secondo l'opinione prevalente la sezione 3 dello HRA conferisce un ampio potere interpretativo alle Corti, potere che d'altronde le Corti inglesi hanno sempre in qualche misura esercitato; è altrettanto vero tuttavia che su questo terreno non si tratta più del tacito aggiornamento della *common law* rispetto alle esigenze concrete della società, ma della espressa enucleazione di "*a new rule of statutory interpretation*".¹²⁴

In effetti, è da dire che, all'indomani dell'entrata in vigore dello Human Rights Act, la House of Lords ha dimostrato in alcuni noti casi di voler sfruttare appieno le potenzialità della clausola della sezione 3 per far sì che la legge fosse interpretata in maniera compatibile con la Convenzione, assottigliando la linea di confine tra *legislation* ed *interpretation* sin qui ritenute tra loro non confondibili sia sotto il profilo della rispettiva competenza, sia sotto quello delle modalità di esercizio, almeno come tramandato dalla classica *rule of law* diceyana.

Ragionando dunque secondo gli schemi dell'ortodossia *diceyana* e della consolidata impostazione *political* della costituzione inglese, è chiaro che in nessun caso le Corti potrebbero svincolarsi dalla finalità di procedere in via interpretativa all'*empowerment* del diritto vigente nel caso concreto. Per quanto nella tradizione inglese i giudici non si

¹²⁴ F. KLUG, *The long road to Human Rights compliance*, 2005, 57 *Northern Ireland Legal Quarterly* 186, p. 195.

siano mai limitati a svolgere quella funzione di *bouche de la lois* che è stata teorizzata a partire dall'esperienza francese post-rivoluzionaria e per quanto essi, come già ampiamente esposto, abbiano offerto un significativo apporto alla enucleazione in sede applicativa di quei principi e di quelle tradizioni che costituiscono parte fondante della common law. Certo è, come si diceva, che il nuovo principio di cui si parla sembra imprimere un ulteriore scatto in avanti a detto ruolo.

Se si assume come punto di partenza quanto si legge nel White Paper del governo presentato al Parlamento assieme al progetto dello Human Rights Act, si può notare che lo scopo della sezione era quello di andare oltre *'the present rule which enables the courts to take the Convention into account in resolving any ambiguity in a legislative provision'*.¹²⁵

Tale passo in avanti rispetto al semplice *'take into account'* della CEDU nelle ipotesi in cui la legge presentasse delle ambiguità emerge in particolare in due casi, ovvero il caso *R v A* ed il caso *Lambert*.

In entrambi le occasioni la House of Lords sfrutta le potenzialità espansive della sezione 3 e si spinge sino ad interpretazioni della legislazione parlamentare innegabilmente distanti dalla dizione letterale, giustificate secondo Lord Steyn dal fatto che *"in accordance with the will of Parliament as reflectd in section 3 it will sometimes be necessary to adopt an interpretation which linguistically may appera strained"*.

Secondo il giudice inglese infatti *"the interpretative*

¹²⁵ *Rights Brought Home*, Cm 3782 (1997) par. 2.7.

*obligation under section 3 of the 1998 Act is a strong one” ed ancora “Undoubtedly, a court must always look for a contextual and purposive interpretation: section 3 is more radical in its effect”.*¹²⁶

Da ciò si dovrebbe trarre che la Convenzione da semplice strumento suppletivo di interpretazione per la risoluzione di casi dubbi, ossia laddove siano parimenti possibili due differenti letture della legge (l'uno compatibile e l'altro incompatibile con la Convenzione), verrebbe ad integrare quel complesso di principi e di valori che sempre devono essere sottesi all'interpretazione della legge da parte delle Corti.

Non mancano peraltro segnali di un atteggiamento più cauto, come si riscontra ad esempio nel caso *Anderson* (2002)¹²⁷ e nel caso *Re S* dello stesso anno; nel primo di essi la House of Lords ritiene più conveniente sollevare una *declaration of incompatibility* ai sensi della sec. 4 dello HRA piuttosto che fornire alla *section 29* del Crime Sentences Act 1997 un'interpretazione che magari sarebbe stata in grado di sanare

¹²⁶ *Regina v A* (No.2) 2002, 1 AC at. 44.

¹²⁷ Nel caso di specie, il signor Anderson era stato condannato all'ergastolo con l'indicazione di un termine minimo di anni da scontare in carcere, termine minimo che era stato successivamente aumentato dall'Home Secretary sulla base del Crime Sentences Act. Tale aumento della pena era stato impugnato così portando la questione dinanzi alla House of Lords. I Lords reputano l'aumento del termine minimo di incarcerazione come una modifica della sentenza, costituendo una ingiusta interferenza del potere esecutivo dell'Home Secretary in un ambito di competenza esclusiva del potere giurisdizionale delle Corti. Per tali ragioni la House of Lords sollevava una questione d'incompatibilità sulla base del fatto che la “*section 29 of the Crime (Sentences) Act 1997, which conferred on the Home Secretary control of the release of mandatory life sentence prisoners, was incompatible with the right under Article 6 to have a sentence imposed by an independent and impartial tribunal*”. *Regina v Secretary of State for the Home Department Ex Parte Anderson*; House of Lords, 25 Nov 2002.

la riconosciuta violazione dell'art 6 della Convenzione ma che avrebbe costituito, stando alle parole di Lord Bingham, non un esempio di *judicial interpretation* quanto di vero e proprio *judicial vandalism* (Lord Bingham at par. 30), per di più “*inconsistent with the plain legislative intent*” (Lord Steyn at par. 59).

Allo stesso modo nel secondo caso la House of Lords ribalta addirittura la decisione della Court of Appeal che aveva interpretato il Children Act in modo tale da assegnare alle Corti una serie di nuovi poteri e procedure attraverso le quali controllare l'operato delle *local authorities* nell'ambito della protezione dei minori. La House of Lords qui, al pari di quanto avvenuto nel caso *Anderson*, considera l'introduzione di queste innovazioni come un uso inappropriato della sec. 3 dello Human Rights Act che avrebbe avuto come effetto quello di stravolgere un *cardinal principle* della legge in questione; stando alle parole di Lord Nicholls “*a meaning which departs substantially from a fundamental feature of an Act of Parliament is likely to have crossed the boundary between interpretation and amendment. This is especially so where the departure has practical repercussions which the court is not equipped to evaluate. In such a case to overall contextual setting may leave no scope for rendering the statutory provision Convention compliant by legitimate use of the process of interpretation. The boundary line may be crossed even though a limitation on Convention rights is not stated in*

express terms".¹²⁸

Come si evince da questa seppur breve disamina, in questi casi la House of Lords si preoccupa anzitutto di non infrangere quello che è il *legislative intent* delle disposizioni, andando in qualche modo a contraddire la ratio della decisione nel caso *R. v. A*, senza però nemmeno farvi espresso riferimento (come sarebbe avvenuto in caso di *overruling*).

Ma il vero *leading case*, per quanto riguarda la sezione 3, è *Ghaidan v. Godin-Mendoza* del 2002,¹²⁹ che più nettamente affronta la questione relativa al rapporto tra interpretazione delle Corti e volontà del Parlamento che si esprime nella disposizione legislativa, la cui discussione è stata definita da alcuni come *illuminating*¹³⁰ per via dei risvolti che essa ha comportato sul piano costituzionale.

La vicenda in tale caso concerneva la possibilità di conferire al *paragraph 2* del Rent Act 1997 un significato *Convention-compatible* in modo che nel termine *spouse* (coniuge) potessero rientrare anche i *same-sex partners*. I Lords in

¹²⁸ *Anderson*, par. 40.

¹²⁹ La vicenda originaria del caso *Ghaidan v. Godin-Mendoza* riguardava due partner omosessuali che a partire dal 1983 avevano condiviso un appartamento in locazione a nome di uno dei due; alla morte del partner intestatario del contratto di locazione il proprietario dell'immobile citava in giudizio il sig. Godin-Mendoza per ottenerne il possesso. Il convenuto Mendoza sosteneva a questo punto di essere succeduto nel contratto di locazione in base al Rent Act in qualità di *spouse* del compagno deceduto. Il giudice della County Court, rifacendosi in particolare al precedente del caso *Fitzpatrick*, decideva tuttavia che il Rent Act non potesse applicarsi alle coppie omosessuali. Diversamente, la Court of Appeal, basandosi sullo Human Rights Act ed in particolare sull'obbligo della interpretazione conforme alla Convenzione, riteneva che non fossero tollerabili discriminazioni in base all'orientamento sessuale e riponeva la questione alla House of Lords.

¹³⁰ L'espressione è stata utilizzata da Lord Nicholls in *Sheldrake v. DDP*, UKHL 43, 2005 1 AC 264 at 28.

questo frangente prendono atto che la consueta interpretazione del par.2 del Rent Act prevede un trattamento discriminatorio per i conviventi delle coppie *same-sex*, costituendo una violazione degli art. 8 e 14 della Convenzione (diritto al rispetto della vita privata e principio di non discriminazione).

D'altro canto, i termini utilizzati dal Rent Act, *husband and wife*, ne rendevano chiaro il riferimento esclusivo alle relazioni eterosessuali. Di fronte a questo evidente ostacolo testuale la House of Lords non si è tuttavia immediatamente fermata, ma ha riflettuto sulle potenzialità di utilizzazione della sezione 3.

Secondo Lord Nicholls of Birkenhead la sezione 3 avrebbe consentito alla Corte anche di discostarsi dall'intenzione del Parlamento, restando però aperto il problema delle condizioni (*circumstances*) e della misura (*how far*) di tale allontanamento. Dal canto suo, Lord Nicholls, attraverso una concezione orientata alla creatività giurisprudenziale, arriva alla conclusione che "*a court can modify the meaning, and hence the effect, of primary and secondary legislation*" (par. 32) al fine di rendere la *enacted legislation* compatibile con le norme della Convenzione come richiesto dallo Human Rights Act. Beninteso, l'esigenza di stabilire un confine tra interpretazione e creazione del diritto non viene comunque meno (anche in considerazione della previsione della sezione 4 che, attraverso la possibilità di sollevare una *declaration of incompatibility*, tende proprio a riportare la questione al livello degli organi politici). Lo si evince ad esempio dalle parole di Lord Steyn laddove sottolinea che un potere simile a quello delle Corti statunitensi di tipo *quasi-legislative* non sarebbe

“appropriate in the United Kingdom, which has no written constitution and where the prevailing constitutional doctrine is based on the supremacy of Parliament rather than the separation of powers”, ma lo si trae anche da quanto osservato ancora da Lord Nicholls per il quale *“Parliament cannot have intended that in the discharge of this extended interpretative function the courts should adopt a meaning inconsistent with a fundamental feature of legislation”*, il che vorrebbe dire *“to cross the constitutional boundary section 3 seeks to demarcate and preserve”*. E’ sempre da parte di Lord Steyn che si spendono le parole più critiche verso quello che egli vede come un travalicamento del potere decisionale del Parlamento; in particolare, a suo avviso, decidere una questione di tal genere avrebbe posto la House of Lords nella condizione di *“to be usurping the function of Parliament”*. Né varrebbe, ancora secondo Lord Steyn, richiamarsi alla giurisprudenza della Corte europea ed ai principi da essa stabiliti per quanto riguarda il divieto di discriminazione a danno delle coppie omosessuali; ciò infatti avrebbe portato alla conseguenza, ancora più grave dal punto di vista costituzionale, di trasferimento di potere legislativo ad una corte sovranazionale e dunque nemmeno affine alla tradizione giuridica e culturale nazionale (*“we would be transferring the legislative power from Parliament to that court”*). Da qui la conclusione che *“all these questions are essentially questions of social policy which should be left to Parliament”*, dovendo rimanere precluso alle Corti di adottare *“an interpretation of the existing legislation which it not only does not bear but which*

is manifestly inconsistent with it".¹³¹

Torna qui nitidamente il dualismo tra l'approccio del *legal constitutionalism* e quello del *political constitutionalism*, dove il secondo è attestato sulla difesa del ruolo imprescindibile del Parlamento come sede dove le questioni emergenti nella società devono trovare la loro composizione.

Nonostante tutto questo, la decisione finale dell'House of Lords è nel senso che né la disposizione del paragraph 2 del Rent Act né l'intenzione del Parlamento alla base della disposizione possano impedire, ai sensi della sezione 3 dello Human Rights Act, un'interpretazione compatibile con le norme della CEDU e con la giurisprudenza in materia dell Corte europea.

Come sottolineato dall'estensore della sentenza Lord Nicholls, infatti, se è vero che l'utilizzo della sezione 3 dello HRA dovrebbe tener conto dell'intenzione del Parlamento cercando di non discostarsene, laddove tuttavia sia possibile un'interpretazione *convention-compatible* allora la "*section 3 may require the court to depart from this legislative intention, that is, depart from the intention of the Parliament which enacted the legislation*".¹³²

È significativa la critica avanzata da Aileen Kavanagh,¹³³ secondo la quale la sentenza relativizza al massimo quanto si trova scritto negli *statutes* o negli *acts of Parliament*, senza considerare che la scrittura non è il frutto di scelte linguistiche

¹³¹ Ghaidan v. Godin-Mendoza, par. 101.

¹³² Ghaidan v. Mendoza, par. 30.

¹³³ A. KAVANAGH, *Constitutional Review Under the Uk Human Rights Act*, Cambridge, 2009.

arbitrarie da parte di *'anonymous parliamentary draftsmen'*, ma corrisponde a decisioni politiche che sono il prodotto di processi democratici, un prodotto che rappresenta infine l'unico "*constitutionally authorised vehicle through which Parliament expresses its intention*".¹³⁴

2. La sezione 4 dello Human Rights Act: una forma di constitutional review?

Venendo alla sezione 4 dello Human Rights Act, come si sa essa introduce e disciplina il meccanismo della *declaration of incompatibility*.

Tale meccanismo si configura come ultima risorsa laddove lo strumento dell'interpretazione adeguatrice di cui alla sezione 3 dello Human Rights Act non riesca a raggiungere il risultato della armonizzazione tra legislazione nazionale e norme della CEDU.

Difatti, in essa è stabilito che quando il giudice inglese sia convinto che "*the provision is incompatible with a Convention right*" e "*that (disregarding any possibility of revocation) the primary legislation concerned prevents removal of the incompatibility*" egli può sollevare una *declaration of incompatibility* (dichiarazione d'incompatibilità).¹³⁵ Va

¹³⁴ A. KAVANAGH, *ibidem*, p. 55.

¹³⁵ Disposizione di riflesso rispetto alla sezione n. 4 è quella contenuta nella sezione n. 19 dello Human Rights Act; essa stabilisce infatti l'obbligo a carico del Ministro responsabile del passaggio di un *Bill* in Parlamento di

precisato che non tutte le Corti sono tuttavia legittimate a emettere tale genere di dichiarazioni; questo potere spetta infatti solamente alle Higher Courts specificamente individuate dalla sezione 4, a seconda delle materie di volta in volta interessate: la Supreme Court (a partire dalla sua entrata in funzione nel 2009), il Judicial Committee of the Privy Council (prima dell'entrata in funzione della UK Supreme Court che ne ha assunto le funzioni), la Court Martial Appeal Court, in Scozia, la High Court of Justiciary, in Inghilterra, Galles, o Irlanda del nord la High Court o la Court of Appeal ed infine la Court of Protection (Corte creata attraverso il Mental Capacity Act del 2005 per la tutela di alcune categorie protette).

Per quanto riguarda gli effetti, la sezione 4 dello HRA precisa che tale dichiarazione “*does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given*” e che “*is not binding on the parties to the proceedings in which it is made*”. Ciò vuol dire che la dichiarazione d'incompatibilità non incide sull'efficacia della disposizione legislativa né sulla sua applicabilità al caso concreto; essa piuttosto ha la funzione di porre la questione all'attenzione degli organi politici che possono intervenire con strumenti differenti a seconda dei casi.¹³⁶ Mentre con

emettere uno “*statement of compatibility*” con il quale si affermi che i contenuti del Bill siano compatibili con i diritti tutelati dalla Convenzione.

¹³⁶ In particolare la sezione n. 10 dello Human Rights Act prevede che il governo possa, nel caso in cui “*a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding*”, attivare una *fast-procedure* che permette di apportare attraverso un remedial-order “*such amendments to the*

riferimento alla *secondary legislation* (legislazione secondaria subordinata alla *statute law*, come ad esempio le *ministerial regulations*), le Higher Courts hanno il potere di annullare immediatamente (*to set aside*) tali atti normativi laddove essi siano incompatibili con la Convenzione ma a condizione che la legislazione primaria non impedisca l'esercizio di tale potere.¹³⁷

legislation as he considers necessary to remove the incompatibility". Ciò sempre laddove il Parlamento non decida di intervenire attraverso la procedura legislativa ordinaria e modificare la legge in modo tale da renderla compatibile con la Convenzione.

¹³⁷ Recentemente il problema della compatibilità con la CEDU della *secondary legislation* si è posto in riferimento alla cosiddetta "*bedroom tax*" nel caso *Secretary of State for Work and Pensions v. Carmichael* (2017), che ha avuto un'importante risonanza mediatica nel Regno Unito. Nel caso in esame, nonostante i gravi problemi di salute di uno dei coniugi, per i signori Carmichael non era stata giudicata necessaria una *two bedroom flat* ed il loro *housing benefit* era così stato ridotto da parte dell'autorità locale; la decisione di ridurre l'*housing benefit* dei coniugi era stata presa sulla base delle *Housing Benefit Regulations* del 2006 (una forma di normazione secondaria) previste dal Social Security Contributions and Benefits Act del 1992. Il cuore della questione era dunque quello di stabilire se tali *regulations* fossero da considerarsi *valid and effective* nonostante permettessero alle autorità locali di assumere dei provvedimenti lesivi dei diritti tutelati dalla CEDU (nel caso di specie un'ingiusta discriminazione in base alla disabilità dell'individuo, in contrasto con l'art. 14 assieme all'art. 8 della CEDU).

La decisione in appello dell'Upper Tribunal è particolarmente rilevante: è innanzitutto stabilita la competenza del First-tier Tribunal (tribunale che si occupa di materie riguardanti la *Social Security*) ad intervenire in tali circostanze; in secondo luogo viene ordinata la rivalutazione da parte del tribunale dell'*housing benefit* questa volta senza tenere in considerazione le *regulations*, le quali secondo il tribunale di secondo grado avevano comportato una *unlawful deduction* a carico dei coniugi Carmichael; viene infatti affermato che: "*courts and tribunals ultimately have the power to determine, and so order or direct that to the extent that subordinate legislation is incompatible with a person's Convention rights, it should not be given effect to in determining the person's lawful entitlement, or should be otherwise applied or disapplied in a way that does not breach the person's Convention rights*".

Ci si trova dunque dinanzi ad un sistema del tutto particolare di controllo sulla legislazione parlamentare, che sembra sfuggire alla tipica classificazione che distingue tra sistemi accentrati e sistemi diffusi di controllo di costituzionalità.

In primo luogo, è da notare che non vi è un accentramento in un'unica corte come avviene nei sistemi continentali di derivazione kelseniana; nemmeno siamo in una situazione analoga a quella statunitense di controllo diffuso in cui tutti i giudici possono disapplicare la legislazione seppure con effetto limitato al caso in esame. Il sistema cui dà vita lo HRA sembrerebbe piuttosto un sistema diffuso (dal momento che, come visto, vi sono più Corti legittimate a sollevare una *declaration of incompatibility*), ma allo stesso tempo circoscritto alle *Higher Courts*. Nessuna di queste peraltro ha il potere di disapplicare o di annullare la legge ritenuta incompatibile, spettando pur sempre la decisione esclusivamente agli organi politici; alla luce di ciò sembrerebbe difficile, utilizzando gli schemi tipici di cui sopra, classificare tale sistema come un vero e proprio sistema di giustizia costituzionale mancando alcuni degli elementi essenziali sia del controllo accentrato che di quello diffuso.

Tale visione rischia tuttavia di apparire eccessivamente legata al dato testuale, mentre è noto che il sistema inglese si

La questione è peraltro giunta sino alla UK Supreme Court la quale ha dato ragione agli appellanti riconoscendo la sussistenza di una *unjustified discrimination* a carico dei due coniugi; Cfr. *R (on the application of Carmichael and Rourke) v. Secretary of State for Work and Pensions*, 9 November 2016.

basa innanzitutto sulle modalità concrete con cui gli organi politici si rapportano tra loro.

È sufficiente notare a tale proposito che, con l'eccezione di quanto avvenuto in riferimento al caso *Hirst* analizzato nel precedente paragrafo 3.4, in tutti gli altri casi in cui è stata sollevata una dichiarazione d'incompatibilità con la Convenzione, il potere esecutivo (attraverso lo strumento dei *remedial orders*) e il potere legislativo hanno sempre provveduto a fornire le soluzioni necessarie per ovviare alla situazione, evitando il costo politico di mantenere una disposizione *convention-incompatible* e di esporsi ad una sentenza di condanna delle Corte Europea. Proprio tale corrispondenza tra dichiarazione d'incompatibilità ed intervento legislativo 'sanante' ha fatto concludere in dottrina che "*it is likely that declaration of incompatibility will, rather automatically, prompt the amendment of domestic law*", sino a far sì che "*the sovereignty-respecting declaration becomes, in substantive terms, to resemble a de facto judicial power to procure the amendment of legislation which unlawfully qualifies fundamental rights*".¹³⁸

Per cui andrebbe considerata la dichiarazione d'incompatibilità sotto il profilo della sua reale portata, se non *legally binding*, per lo meno *politically binding*, dal momento che sarebbe troppo difficile o 'rischioso' politicamente ignorare la decisione di una *Higher Court* circa la violazione di un diritto tutelato dalla Convenzione, tanto da far ritenere

¹³⁸ M. ELLIOTT, *op.cit.*, p. 348.

che la differenza tra potere di annullamento della legge in via giudiziaria e *declaration of incompatibility* sarebbe niente più che una “*merely technical distinction*”;¹³⁹ un convincimento questo che sembra essere condiviso da autori quali Keith Ewing, il quale notava, ancor prima che lo HRA entrasse in vigore, che “*although the courts would not be empowered to strike down legislation, they would effectively be doing so indirectly, given that government would almost certainly want to change the law*”.¹⁴⁰

Muovendo da queste considerazioni, dunque, lo strumento della sezione 4 parrebbe emanciparsi da una sua connotazione come “*purely political mechanism*”,¹⁴¹ viste le sue concrete ripercussioni, anche assumendo un punto di vista *legal*, sull’ordinamento nazionale; come notato infatti da David Feldman “*the capacity to grant a declaration of incompatibility subtly alters the allocation of powers*”, dal momento “*Parliament has invited the judges to tell it that it has acted wrongly by legislating incompatibly with a Convention rights*”.¹⁴²

Proprio intorno alla disposizione contenuta nella sec. 4 si è sviluppato un dibattito che ha coinvolto in particolare il rilievo

¹³⁹ LORD HOFFMANN, *Human Rights and the House of Lords*, 1999, 62 *Modern Law Review* 159, p. 160.

¹⁴⁰ K. EWING, *The Human Rights Act and Parliamentary Democracy*, 1999, 62 *Modern Law Review* 79, p. 92.

¹⁴¹ La definizione è di S. FREDMAN, *Scepticism under Scrutiny: Labour Law and Human Rights*, in T. Campbell, K. Ewing and A. Tomkins (eds.) *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford University Press, 197, 2001, p. 103.

¹⁴² D. FELDMAN, *The Human Rights Act 1998 and Constitutional Principles*, 1999, 19 *Legal Studies* 165, p. 187.

costituzionale di questa forma di controllo che le Corti possono esercitare sulla legislazione, controllo che da alcuni è stato inteso come una vera e propria forma di *constitutional review* (così chiamata per distinguerla dal tradizionale potere di *judicial review* esercitato dalle Corti sugli atti amministrativi), assolutamente inedita ed innovativa per l'ordinamento anglosassone, mentre da altri si è ritenuta perfettamente riconducibile all'archetipo della *political constitution* sino addirittura a rappresentarne un rafforzamento o quantomeno una significativa conferma.

Tale dibattito inglese sembra riprendere i termini della discussione apertasi già negli Stati Uniti con particolare riferimento a quel filone dottrinale fortemente critico nei confronti dell'accrescimento delle competenze del potere giudiziario rispetto al potere legislativo, suscettibile di dar forma, secondo alcuni, ad un sistema di *juristocracy*¹⁴³ che ha portato a mettere in discussione non soltanto l'idea, riconducibile alle teorie che in precedenza sono state ricondotte sotto lo schema del *common law constitutionalism*, secondo cui il giudice sarebbe più idoneo rispetto al legislatore come garante dei diritti fondamentali,¹⁴⁴ ma la stessa motivazione del sistema di *constitutional review of legislation*, ovvero la necessità di predisporre un organo atto a prevenire

¹⁴³ Per un'analisi della questione da un punto di vista dei rapporti interni all'ordinamento statunitense cfr. S. BICKEL, *The Last Dangerous Branch*; per un'analisi critica dei fenomeni di *judicial empowerment* a livello mondiale cfr. T. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, 2007.

¹⁴⁴ Su cui cfr. J. WALDRON, *The Core Case Against Judicial Review*, *The Yale Law Journal*, 2006, 1346-1406.

possibili ‘tirannie della maggioranza’.¹⁴⁵

Per di più in Inghilterra quello che appare a prima vista come un accrescimento delle funzioni “para-costituzionali” delle Corti si è dovuto confrontare con una tradizione fortemente improntata alla prevalenza degli organi politici e rappresentativi, ciò che sempre ha impedito, come si sa, alle teorie di Edward Coke sulla *controlling common law* e sulla sua capacità di imporsi nei confronti di qualsiasi altro potere, di giungere al loro pieno compimento con l’istituzione, a partire dal notissimo caso *Marbury v Madison* del 1803, di un sistema di *constitutional review of legislation*.

In questo senso vi è addirittura chi ha parlato di un “*unprecedented transfer of political power from the executive and legislature to the judiciary*”¹⁴⁶ per descrivere le conseguenze, sul piano del rapporto tra poteri, dell’incorporazione della CEDU, con particolare riferimento alle disposizioni della sezione 3 e della sezione 4 dello HRA.

Secondi altri diversamente un *transfer of political power* sarebbe semmai quello avvenuto con il ritorno di tali poteri dalla Corte EDU alle Corti britanniche; i sostenitori di questa tesi ritengono, criticamente, che a partire dal 1966 (anno dell’introduzione nel Regno Unito del diritto alla *individual*

¹⁴⁵ Si è parlato nella dottrina statunitense di ‘*tyrannophobia*’, proprio a sottolineare l’eccessivo ed infondato timore del pericolo derivante dall’accentramento dei poteri negli organi democratico-rappresentativi, in E.A. POSNER and A. VERMEULE, *Tyrannophobia*, in T. GINSBURG (ed.), *Comparative Constitutional Design*, Cambridge University Press, 2012, pp. 345-46.

¹⁴⁶ K.D. EWING, *The Human Rights Act and Parliamentary Democracy*, 1996, p. 79.

petition) il Parlamento inglese avesse sostanzialmente affidato alla Corte Europea la competenza a determinare il grado di tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento nazionale indicando anche le eventuali necessità di rimedi legislativi; grazie allo Human Rights Act tale competenza sarebbe stata ricondotta ora in una dimensione interna all'ordinamento britannico, pur restando la Corte EDU “*the ultimate authority on interpretation of the European Convention*”.¹⁴⁷ Altri infine hanno ritenuto che sarebbe più appropriato parlare di un “*combined constitutional role played by the domestic courts and Strasbourg*”.¹⁴⁸

Ora, non si può disconoscere la rilevanza di una disposizione che per la prima volta assegna esplicitamente alle Corti un potere di *review* sulla legislazione da esercitarsi in un ambito, come quello dei diritti fondamentali tutelati dalla CEDU, di primaria importanza; come sottolinea Kavanagh infatti “*by granting the courts the power to review primary legislation for compatibility with Convention rights, the HRA gives the courts a special responsibility with respect to the enforcement of Convention rights*”, rendendo così “*explicit the constitutional significance of statutory interpretation as an instrument of constitutional review*”.

Sotto questo aspetto le Corti superiori operano in un quadro

¹⁴⁷ Cfr. *R. Al-Skeini v. Secretary of State for Defence*, 2007, UKHL 26 per Lord Bingham.

¹⁴⁸ A. KAVANAGH, *op. cit.*, p. 277. A tale proposito si possono ricordare anche le parole di Lord Bingham nel caso *Kay v. Lambeth London Borough Council* (2006) laddove il giudice si riferisce alla “*constructive collaboration between the Strasbourg court and the national courts of member states*” (par. 44).

di principi fondamentali (da un lato quelli classici della common law, dall'altro quelli della Convenzione in un rapporto che non è di contrapposizione ma di reciproca influenza) cui la legislazione deve essere necessariamente informata, così contribuendo alla “*continued expansion of judicial review and erosion of non-justiciability doctrines, which challenge Dicey’s monolithic reading of sovereignty, provides the clearest evidence of the incremental changes to the court’s role within the constitution*”.

Ne discende che lo Human Rights Act dovrebbe considerarsi alla stregua di un Bill of Rights posto in una posizione di superiorità all'intero del sistema delle fonti, visto il suo carattere di vero e proprio parametro di validità della legge stessa. Quanto svolto trova riscontro in quanto si legge nel caso *Thoburn*, nel quale lo stesso Lord Justice John Laws inseriva lo Human Rights Act, assieme a documenti sacri per la storia inglese quali la Magna Carta ed il Bill of Rights, nella lista dei *constitutional statutes* sottratti al tradizionale potere di *implied repeal* da parte del Parlamento.

Non sembra pertanto convincente ritenere che l'aver posto in capo alle Corti l'obbligo di rimandare la questione al Parlamento per la decisione finale suoni una conferma della persistenza intatta del principio della *sovereignty of parliament*, precludendo, unico esempio nel panorama costituzionale europeo, alle Corti di annullare o disapplicare la legislazione, ed evidenziando la natura della sezione 4 di

“sovereignty-respecting provision”.¹⁴⁹

È importante al fine di affermare la natura della *declaration of incompatibility*, l’esame del caso *Burden v. Uk* del 2008, dove governo inglese e Corte Europea si trovarono a discutere in relazione alla possibilità di considerare lo strumento come un *effective remedy* per l’individuo che ritenga di essere stato leso di un suo diritto tutelato dalla Convenzione; è bene sottolineare che si tratta di un dibattito tutt’altro che teorico dal momento che si trattava di stabilire se la sec. 4 dello Human Rights Act rientrasse tra i *domestic remedies* ai sensi dell’Articolo 35 della CEDU, con l’importante conseguenza sul piano processuale dell’ammissibilità o meno del ricorso alla Corte Europea.¹⁵⁰

Si può brevemente ricordare che la vicenda trae origine dal ricorso di due sorelle, cittadine britanniche, che avevano vissuto tutta la loro vita insieme in una, per utilizzare le parole della Grand Chamber, “*stable, committed and mutually supportive relationship*”;¹⁵¹ le sorelle si dolevano del fatto che, alla morte di una delle due, la sorella superstite avrebbe dovuto pagare una tassa (la *inheritance tax* prevista dal Inheritance Tax Act del 1984) sulla quota della casa familiare

¹⁴⁹ M. ELLIOTT, *Parliamentary Sovereignty and the New Constitutional Order: Legislative Freedom, Political Reality and Convention*, 2002, 22 Legal Studies, p. 349.

¹⁵⁰ L’art. 35 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo riguarda, come noto, le condizioni di ricevibilità del ricorso alla Corte Europea; in particolare nell’art. 35 è stabilita la regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne come condizione di ricevibilità del ricorso dinanzi alla Corte Europea.

¹⁵¹ European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Burden v. The United Kingdom*, Application No. 13378/05, p. 4.

della defunta, tassa non prevista invece per il superstite di una coppia sposata o di un'unione civile tra persone dello stesso sesso registrata ai sensi del Civil Partnership Act. Esse sostenevano dunque che ciò configurasse una violazione dell'art. 14 della CEDU in collegamento con l'art. 1 Protocollo n. 1.¹⁵² Il governo britannico contestava che le due sorelle potessero ricorrere dinanzi alla Corte Europea per due ordini di ragioni: anzitutto veniva contestato che le appellanti fossero considerabili *victims*¹⁵³ dal momento che ancora non avevano subito alcun pregiudizio patrimoniale derivante dalla disposizione in esame; in secondo luogo il governo britannico invitava la Corte a considerare il ricorso irricevibile per il mancato rispetto della previsione dell'art. 35 CEDU, dal momento che non tutti i rimedi domestici erano stati esauriti,

¹⁵² L'art. 1 del Protocollo 1 della Convenzione tutela il diritto di proprietà e stabilisce che: *"every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law"*; il secondo comma apre ad alcune limitazioni a tale diritto da parte della legislazione degli Stati stabilendo che: *"the preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties."*

L'art. 14 della Convenzione sancisce invece, come si sa, il fondamentale principio di non discriminazione stabilendo che: *"the enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status"*.

¹⁵³ L'art. 34 della Convenzione stabilisce infatti che *"the Court may receive applications from any person ... claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto"*.

essendo ancora possibile una modifica della legislazione in via parlamentare o attraverso un *remedial order* del governo, a seguito di una dichiarazione d'incompatibilità ai sensi della sezione 4 dello Human Rights Act.

È significativo notare che proprio il governo inglese spingesse per un'interpretazione della sezione 4 come *effective remedy*, notando che “*the objective of giving the national courts the power under section 4 had been to provide a formal means for notifying the government and Parliament about a situation in which legislation was found not to comply with the Convention, and to provide a mechanism speedily correcting the defeat*”;¹⁵⁴ come si vede, dunque, la *declaration of incompatibility* sembrerebbe essere considerata dallo stesso governo inglese alla stregua di un meccanismo, verrebbe da dire ‘automatico’, di modifica della legge laddove essa risulti incompatibile con la Convenzione (“*to provide a mechanism speedily correcting the defeat*”). Il governo proprio al fine di avvalorare questa tesi riportava le parole pronunciate dal Lord Chancellor al momento del passaggio dello Human Rights Bill nella House of Lords, laddove lo stesso Lord Chancellor aveva espresso l'idea che governo e Parlamento avrebbero “*in all cases almost certainly be prompted to change the law following a declaration of incompatibility*”.¹⁵⁵

È singolare che la Corte Europea non aderisca a questa interpretazione fornita dalle autorità inglesi, ed anzi escluda nella sua decisione di poter considerare la *declaration of*

¹⁵⁴ *Burden v. The United Kingdom*: Echr, 29 Apr 2008, par. 21.

¹⁵⁵ *Ibidem*, par. 22.

incompatibility alla stregua di un *effective remedy* visto il suo carattere non vincolante, notando che “*the Human Rights Act places no legal obligation on the executive or the legislature to amend the law following a declaration of incompatibility*”, e che “*such a declaration cannot be regarded as an effective remedy within the meaning of Article 35*”.¹⁵⁶ La stessa Corte Europea tuttavia apre uno spiraglio, prospettando l’eventualità che la *declaration of incompatibility* potesse assumere attraverso il consolidamento di una *convention of the constitution* che potesse ricorare quelle che nel Regno Unito, con valore vincolante, regolano i rapporti tra gli organi politici: “*it is possible that at some future date evidence of a long-standing and established practice of Ministers giving effect to the court’s declarations of incompatibility might be sufficient to persuade the court of the effectiveness of the procedure*”.¹⁵⁷

Soltanto in tale modo dunque secondo la Corte dichiarazione d’incompatibilità avrebbe potuto assumere la consistenza di un effettivo *judicial strike-down power*, seppure assolutamente inedito visto il suo carattere pur sempre “indiretto”.

¹⁵⁶ La Corte EDU si riferisce qui ad alcuni casi in cui la sezione 4 dello Human Rights Act era già stata considerata non assimilabile ad un *effective remedy*; ad esempio nel caso *Hobbs v. Uk* del 2000 la Corte Europea aveva affermato che al fine di essere considerato rimedio effettivo ai sensi dell’art. 35 della Convenzione, un rimedio dovesse essere ‘*effective and capable of providing redress for the complaint*’, nonché ‘*sufficiently certain not only in theory but also in practice*’, requisiti che la Corte non ritenne sussistere per il meccanismo della sezione 4 visto il suo carattere non vincolante; a medesime conclusioni giungeva la Corte Europea nel caso *Upton v the United Kingdom*.

¹⁵⁷ *Burden v. Uk*, par. 39.

Se è vero, come detto nelle pagine precedenti, che nella quasi totalità dei casi governo e Parlamento si sono adoperati per rimuovere le incompatibilità della legislazione nazionale rispetto alla CEDU rilevate dalle Corti, potremmo ipotizzare che anche la *convention* richiesta dalla Corte Europea si trovi ad un stato avanzato di realizzazione.¹⁵⁸

Non si può dimenticare tuttavia che in alcuni casi, non sono mancati attriti tra Corti e organi politici; si può ricordare ad esempio il caso *Hirst* nel quale, come sopra detto, il Parlamento si era rifiutato di modificare la legislazione nazionale (su proposta del governo), seguito poi dal dietro-front dello stesso governo inglese, fermo sulla sua posizione nonostante la successiva pronuncia contraria della Corte

¹⁵⁸ Tra la sconfinata bibliografia sul tema delle *conventions*, si veda soprattutto A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., in particolare pp. 19 e ss. e 439 ss.; I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, cit., pp. 23 e ss.; A. LAWRENCE LOWELL, *Il governo inglese*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, cit., pp. da 231 a 244; E.C.S. WADE-C.G. PHILLIP, *Constitutional and Administrative Law*, London, 1977, pp. 16 e ss. G. MARSHALL-M. MOODIE, *Some Problems of the Constitution*, London, 1959; C.R. MUNRO, *Laws and Conventions distinguished*, in *Law Quarterly Review*, 91, 1975, pp. 218 ss.; P. LEYLAND, *Constitutional Conventions and the preservation of the spirit of the British Constitution*, XXIX Convegno annuale AIC – Catanzaro 2014, Rivista N°: 4/2014. Per quanto riguarda la dottrina italiana cfr. P. RIDOLA, *Tessuto pluralistico della società e assetti della forma di governo parlamentare. Il dibattito sulle conventions of the constitution*, in *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, pp. 164 e ss., ove è ampiamente ricostruito il dibattito inglese sul ruolo delle convenzioni nell'assetto costituzionale; G.U. RESCIGNO, *Le Convenzioni Costituzionali*, Padova, 1972, pp. 27 e ss; nota in particolare l'Autore che attraverso l'uso delle *conventions* nell'ordinamento inglese "si ottengono contemporaneamente due vantaggi: l'adeguamento rapido, continuo, flessibile del meccanismo costituzionale ai rapporti politici esistenti e nello stesso tempo la continuità e la stabilità del diritto dello Stato" (p. 28).

Europea. Ma si può anche ricordare il caso *Belmarsh Prison*¹⁵⁹ che, seppure culminato con una *declaration of incompatibility* seguita dalla modifica della legge in questione, ci offre una panoramica di come il rapporto tra Corti e Parlamento possa assumere dei connotati particolarmente problematici. Nel caso *Belmarsh* in particolare la House of Lords era stata investita della questione se sollevare una dichiarazione d'incompatibilità con riguardo alla sezione 23 del Terrorism Act del 2001 che autorizzava nei confronti di cittadini non britannici periodi di detenzione indefiniti senza la necessità di adire l'autorità giudiziaria.

Durante il dibattito nella House of Lords, che vede comunque i giudici d'accordo sulla necessità di sollevare una dichiarazione d'incompatibilità, ed in particolare nelle parole di Lord Nicholls, ben si può vedere un atteggiamento molto critico della Corte inglese nei confronti di governo e Parlamento. È interessante notare anzitutto come Lord Nicholls metta in evidenza che le Corti non abbiano mai voluto, né tentato, di sostituirsi al governo soprattutto per quanto riguarda le scelte di sicurezza nazionale, per le quali al governo stesso spetta un ampio margine di decisione; tuttavia è anche vero, prosegue il Lord, che “*Parliament has charged the courts with a particular responsibility*”, ovvero la responsabilità di vigilare affinché qualsiasi legge non violi i diritti fondamentali degli individui riconosciuti dalla CEDU.

Ebbene nel caso in esame sembrerebbe esservi “*no escape*

¹⁵⁹ *A v. Secretary of State for the Home Department* 2004 U.K. HL 56 2005.

from the conclusion that Parliament must be regarded as having attached insufficient weight to the human rights of non-nationals”, proprio con riguardo ad uno dei diritti più fondamentali, *the right to individual liberty*, dal momento che *“the foreign nationality of the appellants does not preclude them from claiming the protection of their Convention rights”*.

Ancora significativo notare che la giurisprudenza della Corte Europea sul punto, che aveva mirato ad estendere i diritti tutelati dalla Convenzione anche ai *non-nationals*, venga ricondotta alla tradizione costituzionale inglese la quale, sin dai tempi del *Sommersett’s Case* del 1772,¹⁶⁰ aveva riconosciuto il diritto all’*habeas corpus* a chiunque fosse soggetto alla legge nazionale¹⁶¹.

¹⁶⁰ Il noto caso *Sommersett* venne deciso nel 1772 dal King’s Bench ed è conosciuto soprattutto per essere la prima decisione di una Corte di common law contro la pratica della schiavitù; sono in particolare rimaste famose le parole del giudice Lord Mansfield: *“the state of slavery is of such a nature that it is incapable of being introduced on any reasons, moral or political, but only by positive law [statute], which preserves its force long after the reasons, occasions, and time itself from whence it was created, is erased from memory. It is so odious, that nothing can be suffered to support it, but positive law. Whatever inconveniences, therefore, may follow from the decision, I cannot say this case is allowed or approved by the law of England; and therefore the black must be discharged”*.

Ancor più significativo, ai fini del discorso che qui interessa, è il passaggio della decisione di Lord Mansfield in cui è stabilito che *“a foreigner cannot be imprisoned here on the authority of any law existing in his own country: the power of a master over his servant is different in all countries, more or less limited or extensive; the exercise of it therefore must always be regulated by the laws of the place where exercised”*, così stabilendo il principio per cui a chiunque si trovasse sul suolo britannico andasse applicata la legge nazionale e garantiti gli stessi diritti fondamentali degli *englishmen*.

¹⁶¹ Si veda in proposito quanto espresso dalla House of Lords nel caso *Khawaja v Secretary of State for the Home Department* (1984), in particolare nel passaggio della decisione in cui viene ribadito che il diritto all’*habeas*

Tuttavia, come sottolineato da Lord Hoffmann, “*until the Human Rights Act 1998, the question of whether the threat to the nation was sufficient to justify suspension of habeas corpus or the introduction of powers of detention could not have been the subject of judicial decision. There could be no basis for questioning an Act of Parliament by court proceedings*”; non si può non comprendere quanto sia significativo questo passaggio in cui il Lord attribuisce allo HRA un cambiamento fondamentale, dal momento che per la prima volta nella storia costituzionale inglese le Corti sarebbero ammesse a sindacare la legittimità di un act of Parliament anche in un campo come quello della sicurezza nazionale che, tuttavia, mantiene uno strettissimo collegamento con la tutela dei diritti fondamentali.

corpus debba essere garantito non solo ai *british nationals* ma a qualunque individuo si trovi nella giurisdizione di una corte inglese: “*Habeas corpus protection is often expressed as limited to ‘British subjects’. Is it really limited to British nationals? Suffice it to say that the case law has given an emphatic ‘no’ to the question. Every person within the jurisdiction enjoys the equal protection of our laws. There is no distinction between British nationals and others. He who is subject to English law is entitled to its protection. This principle has been in the law at least since Lord Mansfield freed ‘the black’ in Sommersett’s Case. There is nothing here to encourage in the case of aliens or non-patrials the implication of words excluding the judicial review our law normally accords to those whose liberty is infringed*” (par. 74).

3. *La Uk Supreme Court tra common law rights e diritti CEDU*

Il Constitutional Reform Act del 2005, istitutivo della Uk Supreme Court, rappresenta una tappa fondamentale nell'evoluzione dell'ordinamento inglese in vista della configurazione di un autentico giudice di costituzionalità dotato delle necessarie garanzie di indipendenza e di autonomia rispetto all'ambito parlamentare.

Si deve rammentare che sin dall'entrata in vigore dello Human Rights Act ed ancor di più successivamente alla decisione della Corte EDU nel caso *McGonnell* precedentemente analizzato (su cui si rimanda al paragrafo 3.2), la questione del deficit di indipendenza della House of Lords nell'ordinamento inglese era divenuta pressante, sino a mettere in discussione la credibilità del sistema di separazione dei poteri presente nell'Isola. A parte i problemi suscitati dall'ufficio del Lord Chancellor,¹⁶² al medesimo tempo membro del Gabinetto nonché *head of the judiciary*, veniva criticata la posizione di Corte di vertice del sistema giudiziario

¹⁶² I nodi maggiormente problematici erano quelli relativi alla soggezione del Lord Chancellor al Primo Ministro per quanto concerne la nomina e la permanenza in carica, nonché la sua posizione allo stesso tempo di membro del Gabinetto e di *head of the judiciary*; il Lord Chancellor infatti era, al contempo, posto a capo del potere giudiziario di cui faceva parte in qualità di giudice (presiedeva l'*Appellate Committee della House of Lords* e il *Judicial Committee of Privy Council*); Ministro di Giustizia (e dunque parte di rilievo dell'esecutivo) e Speaker della House of Lords di cui era altresì membro di diritto. A seguito del Reform Act è stato lasciato al Lord Chancellor esclusivamente il ruolo di Cabinet Minister a capo del Department for Constitutional Affairs, privandolo quindi delle funzioni giurisdizionali che egli esercitava in precedenza.

rivestita dalla *Appellate Committee* della House of Lords cui venivano attribuite funzioni giudiziarie di ultima istanza in materia civile e penale, ma i cui componenti, i *Law Lords*, erano anche membri del Parlamento e nominati dalla Corona su proposta del Prime Minister con il contributo determinante del Lord Chancellor.

Tale quadro è stato marcatamente modificato dal citato Constitutional Reform Act, che, in conformità al principio della separazione dei poteri, ha inteso assicurare un più alto grado di indipendenza all'intero potere giudiziario e, per quanto qui interessa, all'organo di vertice abilitato ad adottare la dichiarazione d'incompatibilità.¹⁶³

Alla Camera dei Lords (nonché alla Corona, nella sede del *Judicial Committee of the Privy Council*, con riferimento alle materie della devolution) sono state difatti sottratte le funzioni giurisdizionali, trasferendole ad una Corte Suprema di nuova istituzione (la *Uk Supreme Court*) per i cui membri, a parte i requisiti di qualificazione giuridica, è fissata l'incompatibilità con la posizione di parlamentare della House of Lords.

È inevitabile pensare che l'istituzione di una Corte Suprema potrebbe far pensare ad un definitivo avvicinamento

¹⁶³ Non si può neppure dire che prima del Constitutional Reform Act non vi fossero anche in Inghilterra meccanismi di tutela dell'indipendenza dei giudici; l'importanza della riforma del 2005 risiede allora, oltre che nelle modifiche apportate all'assetto costituzionale, proprio nell'aver fornito una base legislativa al sistema di separazione dei poteri, un campo che era regolato per lo più da prassi, consuetudini o da *acts* comunque molto antichi; su tutti si ricorda l'Act of Settlement del 1701 che sancì il principio dell'inamovibilità dei giudici, sottraendo alla Corona il potere di rimuovere un giudice dalla sua carica, potere esercitabile solamente dalle due Houses del Parlamento.

dell'ordinamento inglese ai sistemi di tutela dei diritti propri dei paesi a costituzione scritta in cui l'ultima parola sulle questioni relative alla tutela dei diritti fondamentali spetta ad un apposito organo di tipo giudiziario deputato al controllo di costituzionalità.

Una ricostruzione che, dal punto di vista del parametro adottato a questo fine, sarebbe avvalorata dal fatto che la giurisprudenza della Uk Supreme Court ha individuato una serie di leggi che rivestirebbero la posizione di *constitutional statutes* all'interno dell'ordinamento inglese, così da imporsi anche nei confronti del potere degli organi politici.

In effetti, bisogna riconoscere che tale processo di "costituzionalizzazione" era stato avviato dal Queen's Bench già dal 2002 con la nota sentenza resa nel caso *Thoburn v. Sunderland City Council*, in cui veniva affermata l'esistenza di una distinzione tra *ordinary legislation* e *constitutional legislation*: nel caso di specie si è ritenuto che andasse riconosciuta la superiorità del diritto comunitario, visto il suo ingresso nell'ordinamento inglese attraverso l'European Communities Act qualificato come legge costituzionale; ancor più significativo, è che la nozione di *constitutional legislation* viene ricollegata all'esigenza di tutelare i diritti fondamentali mediante più forti strumenti di garanzia opponibili al potere pubblico,¹⁶⁴ utilizzando a questo scopo anche i principi

¹⁶⁴ *Thoburn v. Sunderland City Council* [2003] Q.B. 151; si ricordano le parole del Lord Justice Lord Laws in cui egli afferma: "*in my opinion a constitutional statute is one which (a) conditions the legal relationship between citizen and state in some general, overarching manner, or (b) enlarges or diminishes the scope of what we would now regard as*

deducibili dalle più antiche Carte dei Diritti inglesi. Tutto ciò veniva ben messo in evidenza dal giudice Laws (redattore della motivazione della sentenza) quando affermava il “*development of the common law regarding constitutional rights, and (...) constitutional statutes*”: uno sviluppo che avrebbe dato al diritto inglese “*most of the benefits of a written constitution, in which fundamental rights are accorded special respect*” pur preservando “*the sovereignty of the legislature and the flexibility of our uncoded constitution*”; una soluzione tanto composita, ma sostenuta dall’argomento che “*the relation between legislative supremacy and fundamental rights is not fixed or brittle*”, per cui l’equilibrio tra i due principi (*legislative supremacy* da un lato e tutela dei diritti fondamentali dall’altro) avrebbe dovuto rimettersi all’opera delle Corti e alla loro capacità di individuare i

fundamental constitutional rights. (a) and (b) are of necessity closely related: it is difficult to think of an instance of (a) that is not also an instance of (b). The special status of constitutional statutes follows the special status of constitutional rights” (par. 62). Sul piano pratico la conseguenza di considerare uno *statute* come *constitutional* comporta, secondo il Lord Justice, la impossibilità che esso possa essere sottoposto all’*implied repeal* da parte del Parlamento o anche ad una modifica delle sue caratteristiche essenziali (“*the common law has in recent years allowed, or rather created, exceptions to the doctrine of implied repeal: a doctrine which was always the common law's own creature. There are now classes or types of legislative provision which cannot be repealed by mere implication. These instances are given, and can only be given, by our own courts, to which the scope and nature of Parliamentary sovereignty are ultimately confided*”; par. 60). Tra gli esempi offerti da Laws di *constitutional statutes* si possono ricordare i documenti più antichi come la Magna Carta o il Bill of Rights sino ai documenti più recenti quali lo Human Rights Act, l’European Communities Act (di cui è in corso la procedura di *repeal* in seguito al voto nel referendum sulla Brexit) o lo Scotland Act 1998.

principi cui attribuire il valore di legislazione effettivamente “costituzionale” (*“in interpreting statutes, and now, applying the HRA, the courts will pay more or less deference to the legislature, or other public decision-maker, according to the subject in hand”*).¹⁶⁵

Questo orientamento della House of Lords, sempre in riferimento all'applicazione della normativa comunitaria, trova conferma nella sentenza resa dalla Uk Supreme Court nel caso *R (HS2 Action Alliance Ltd) v. Secretary of State for Transport* del 2014. La Corte Suprema nella specie prende in considerazione una Direttiva dell'Unione Europea (2011/92 EU) che stabiliva taluni requisiti procedurali per l'adozione delle decisioni pubbliche in alcune materie, con particolare riguardo alla previsione di una procedura “aperta”, volta a favorire il più ampio grado di partecipazione sociale alla decisione, per quanto concerne la localizzazione delle infrastrutture pubbliche. In seguito alla decisione del governo, attraverso un Bill approvato dalla House of Commons, di procedere alla costruzione della linea ferroviaria ad alta velocità nota con il nome HS2 che doveva collegare Londra, Birmingham, le East Midlands, Leeds e Manchester, l'organizzazione no profit HS2 Alliance, che raccoglieva al suo interno numerosi gruppi di azione e associazioni di persone residenti in quelle zone che si opponevano alla realizzazione della linea HS2, ricorreva contro il Bill e la questione giungeva infine alla Corte Suprema. Quest'ultima

¹⁶⁵ *Thoburn v. Sunderland City Council* [2003] Q.B. 151; par. 64.

veniva quindi chiamata a verificare la rispondenza della procedura adottata dal Parlamento ai requisiti richiesti dalla direttiva comunitaria, nonostante che la relativa decisione fosse stata assunta in forma di *hybrid Bill*¹⁶⁶ e quindi con la possibilità per i soggetti coinvolti di interloquire già in sede parlamentare. Chiedendosi alla Corte Suprema di esprimersi in ordine alla correttezza del procedimento parlamentare seguito per l'adozione del *Bill* la questione investiva in via diretta un aspetto fondamentale del sistema di governo inglese ossia quello dei “*long-established constitutional principles governing the relationship between Parliament and the courts*”. A riguardo la Supreme Court si riporta al canone della tradizione inglese, risalente addirittura al Bill of Rights del 1689, per affermare l'immunità dei processi decisionali del Parlamento rispetto al controllo delle Corti. A giudizio della Corte l'art. 9 del Bill of Rights¹⁶⁷ incarna “*one of the pillars of*

¹⁶⁶ L'*hybrid Bill* è definito dalla House of Commons come “*a public bill which affects a particular private interest in a manner different from the private interests of other persons or bodies of the same category or class*” (Hansard (HC Debates), 10 December 1962, col 45). Questo carattere ibrido influenza, aggravandola, la procedura parlamentare di approvazione del Bill nel seguente modo: “*a hybrid bill proceeds as a public bill, with a second reading, committee report and third reading, but with an additional select committee stage after the second reading in each House, at which objectors whose interests are directly and specifically affected by the bill (including local authorities) may petition against the bill and be heard. Parliamentary standing orders make provision for those persons who have standing to lodge a petition*” (viene sostanzialmente richiesto che il Bill sia discusso, dopo la seconda lettura in Parlamento, da una commissione presso la quale possono far valere le proprie ragioni i soggetti interessati comprese le autorità locali).

¹⁶⁷ L'art. 9 del Bill of Rights 1689 trae origine, all'indomani della Gloriosa Rivoluzione, dalla necessità di garantire, soprattutto nei confronti della

constitutional settlement which established the rule of law in England in the 17th century”, per cui esso è da collocare in quell’insieme di documenti scritti, denominati “*constitutional instruments*”, che danno luogo ad una sorta di costituzione scritta del Regno Unito, i cui principi non potrebbero recedere nemmeno nei confronti del diritto comunitario. Si tratta di affermazioni di grande rilievo volte a dimostrare l’esistenza di principi scritti che definiscono l’identità costituzionale dell’ordinamento britannico, anche se la vertenza veniva risolta escludendo che la stessa Direttiva comunitaria richiedesse una “*wide-ranging review of Parliamentary process*” che sarebbe entrata in collisione con i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale nazionale come sopra enunciati.

Si può dire in sintesi che siamo di fronte ad un ulteriore passo avanti rispetto al caso *Thoburn*: non soltanto viene infatti confermata la distinzione tra *ordinary statutes* e *constitutional statutes*, ma viene anche ipotizzata la sussistenza di principi costituzionali in grado di prevalere anche nei confronti di altri *statutes* di grado costituzionale in forza del radicamento storico che possono vantare e della loro

Corona, “*the House's right to initiate business of its own and to protect members from being brought before the courts by the Crown and accused of seditious libel*” nonché il “*long established claim not to be answerable before any court for words spoken in Parliament*” (Cfr. *Parliamentary Privilege First Report*, Chapter 2: *Freedom of Speech and Article 9 of the Bill of Rights*, par. 37, www.parliament.uk). L’articolo afferma che: “*freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament*”, così sancendo alcuni tra i più importanti *parliamentary privileges*, ovvero la *freedom of debate* e la *freedom of speech* dei membri delle due Houses.

dimostrata capacità di sostenere l'assetto dell'organizzazione di governo del paese.¹⁶⁸

A partire dai casi sin qui esaminati, si è profilata in dottrina la tesi che il riconoscimento della categoria dei *constitutional statutes* nell'ordinamento inglese, ivi compreso lo Human Rights Act, stia a significare che “*much of the fabric of law and constitution has moved from the common law to statute, and the presumptions of durability operated in relation to the common law now have to be operated in relation to statutes that appear to be laying down principles or establishing systems intended to be enduring*”¹⁶⁹. Ma se con ciò si vuole dire che le Corti abbiano rinunciato a tarre i principi fondamentali dalla common law dovendo privilegiare ormai i *constitutional statutes*, la radicalità di tale posizione sembra almeno ridimensionata dalla seguente constatazione: la Supreme Court nel campo della tutela dei diritti continua dichiaratamente a fare riferimento ai principi di common law, tanto è vero che nella stessa decisione appena esaminata il richiamo all'art. 9 del Bill of Rights si accompagna alla

¹⁶⁸ *R (HS2 Action Alliance Ltd) v. Secretary of State for Transport* con particolare riferimento alle *opinions* di Lord Neuberger e di Lord Mance; a tale proposito è stato notato che l'analisi dei due Lords va al di là di quella espressa nel caso *Thoburn*, essendovi qui l'affermazione per la prima volta dell'idea che “*not all constitutional measures are equal (...) some constitutional measures are more fundamental than others, and that Parliament—in a given constitutional measure, such as the ECA—should not lightly be taken to have intended the abrogation of some other, perhaps more fundamental, constitutional measure*”, cfr. M. ELLIOTT, *Reflections on the HS2 case: a hierarchy of domestic constitutional norms and the qualified primacy of EU law*, U.K. Const. L. Blog, 23 January 2014.

¹⁶⁹ D. GREENBERG, *Craies on Legislation*, 8th edn, London Sweet & Maxwell, 2004, p. 516.

conferma della tradizione di common law con i suoi principi *fundamental to the rule of law*, tra cui quello della *sovereignty of Parliament* e della intangibilità delle sue prerogative;¹⁷⁰ pertanto, anche i nuovi schemi giuridici adottati dalla Corte sono ricondotti nell'alveo della tradizione della common law che si riflette nel fatto che lo stesso valore "costituzionale" accordato ad alcuni *statutes* deriva non già da un loro qualificazione formale o aprioristica bensì dall'interpretazione che di essi danno le Corti nella soluzione dei casi concreti.

Già si è ricordato a tale proposito la difesa da parte della Supreme Court delle regole della common law in materia di *fair trial* perpetuata, in contrasto con la Corte Europea, nel caso *R. v. Horncastle* del 2009 (su cui *supra*, p. 75). Si aggiunga il caso *Osborn* del 2014 in cui Lord Reed, estensore della decisione, negava addirittura al sistema di tutela dei diritti ricavabile dallo Human Rights Act valenza autonoma rispetto alla common law, ravvisando in quest'ultima la garanzia principale dei diritti e delle libertà fondamentali.¹⁷¹

Nel medesimo senso si muove la Corte Suprema nel caso *Kennedy v. Charity Commissioners*¹⁷²: qui la Corte respinge le richieste del ricorrente, fondate sull'esistenza di un diritto all'informazione ricavabile dall'art. 10 della CEDU, e non

¹⁷⁰ *R. (HS2 Action Alliance Ltd) v. Secretary of State for Transport*, par. 207.

¹⁷¹ Lord Reed, *Osborn v. Parole Board*, 2013 UKSC, par. 61: "*the Human Rights Act does not however supersede the protection of human rights under the common law or statute, or create a discrete body of law based upon the judgments of the European court. Human rights continue to be protected by our domestic law, interpreted and developed in accordance with the Act when appropriate*".

¹⁷² *Kennedy v. Charity Commissioners*, 2014 UKSC 20 [2015] AC 455.

esita ad esaltare in motivazione “*the importance attaching to openness of proceedings and reasoning under general common law principles*”.¹⁷³ Sottolinea poi con accenti critici che “*since the passing of the Human Rights Act 1998, there has too often been a tendency to see the law in areas touched on by the Convention solely in terms of the Convention rights*”, così svilendo “*the contribution which common lawyers made to the Convention’s inception*” nonché le tutele apprestate ai diritti fondamentali “*in the common or domestic statute law*”.¹⁷⁴

Da questa ricognizione giurisprudenziale, si ricava che sono semmai le Carte scritte dei Diritti, come la stessa CEDU, a svolgere una funzione sussidiaria rispetto alla common law ed a configurarsi in ogni caso come puramente recognitive degli approdi raggiunti attraverso l’applicazione del diritto comune ai casi concreti.¹⁷⁵ Si può quindi condividere la notazione avanzata da Mark Elliott quando, con riferimento al caso *Osborn*, ha efficacemente affermato che “*the Supreme Court’s judgment in Osborn thus stands as an important*

¹⁷³ *Ibidem*, par. 45.

¹⁷⁴ *Ibidem*, par. 46.

¹⁷⁵ Afferma di nuovo il giudice Reed, estensore della sentenza: “*It is of great importance, in my opinion, that the common law by itself is being recognised as a sufficient source of the fundamental right to confidential communication with a legal adviser for the purpose of obtaining legal advice. Thus the decision may prove to be in point in common law jurisdictions not affected by the Convention. Rights similar to those in the Convention are of course to be found in constitutional documents and other formal affirmations of rights elsewhere. The truth is, I think, that some rights are inherent and fundamental to democratic civilised society. Conventions, constitutions, bills of rights and the like respond by recognising rather than creating them.*”; Lord Reed, *Osborn v. Parole Board*, 2013 UkSC, 61.

reminder that the potential of the common law (...) remains undiminished by the (perhaps passing) codification of human-rights law effected by the HRA".¹⁷⁶ Questo non significa che non si possa realizzare una *synthesis* tra common law e normativa CEDU, ma fermo restando il ruolo della *common law scene*, per riprendere le parole della decisione nel caso *Kennedy*, come *starting point* di qualsiasi disputa su questioni attinenti alla tutela dei diritti fondamentali quale che sia la sede del loro riconoscimento.

¹⁷⁶ M. ELLIOTT, *Osborn: The common law, the convention, and the right to an oral hearing*, www.publiclawforeveryone.com, 10 ottobre 2013.

Considerazioni conclusive

Si potrebbe dire, a conclusione della ricognizione sin qui svolta, che l'assegnazione del potere di adottare una dichiarazione d'incompatibilità nei confronti di una legge parlamentare ad una apposita Corte, titolare di funzioni giudiziarie ed indipendente rispetto alla sfera di governo, porti a definitivo compimento quanto ipotizzato dal giudice Coke nel *Bonham's case*.¹⁷⁷ Non c'è bisogno di ripetere che il

¹⁷⁷ E. COKE, *Report*, 1610, 8, 114a at 117b-118b; si ricorda in particolare il famoso dictum del *Bonham's case* del 1610, dove è possibile leggere la frase pronunciata dallo Chief Justice: "*the common law will control acts of parliament and sometimes adjudge them to be utterly void...when...against common right and reason*"; come si vede qui la common law, nella sua accezione di *law of reason*, viene assunta a vero e proprio paramento di validità della legge parlamentare; tale controllo spetterebbe senz'altro ai giudici nella loro funzione di custodi dei principi e della tradizione di common law.

Si può notare a tale proposito che gli avvenimenti della Glorious Revolution dimostrarono, disattendendo in qualche modo l'assunto dello Chief Justice, che il popolo aveva riversato le sue aspettative soprattutto sull'organo rappresentativo imprimendo in tal modo alla forma di governo inglese la sua conformazione più caratteristica. In effetti, gli sviluppi successivi della forma di governo inglese, in virtù della quale il Parlamento, secondo la nota formula di Dicey, "*has the right to make or unmake any law whatever*", riprendono piuttosto la teoria della sovranità parlamentare elaborata nel XVIII secolo da William Blackstone nei suoi *Commentaries*, laddove è possibile leggere che l'Alta Corte (ovvero il Parlamento) "esercita una sovrana e incontrollabile autorità nel produrre, confermare, estendere, restringere, abrogare, revocare, far rivivere, e interpretare le leggi, aventi per oggetto materie di ogni possibile categoria...tale essendo la sede ove quell'assoluto potere despótico, che in ogni sistema di governo deve pur collocarsi in qualche luogo, è conferito dalla costituzione di questi reami". A proposito del ruolo delle Corti osserva molto efficacemente Roscoe Pound come per Coke le Corti "amministravano la legge, e la legge era ragione, per costringere non soltanto tutti i privati individui, e tutti gli agenti del Governo,

principio della sovranità del Parlamento, con la sua pressochè generale accettazione, ha impedito alle Corti di esercitare un vero e proprio sindacato di costituzionalità sulle leggi. Sotto questo aspetto, innegabilmente l'integrazione del Regno Unito nella dimensione Europea, sia sotto il profilo della disapplicazione delle leggi interne contrastanti con la normativa comunitaria¹⁷⁸ sia sotto quello della verifica di

ma il sovrano stesso a tenersi entro i limiti della ragione, rifiutando di riconoscere e di attribuire efficacia giuridica ad atti o ad ordinanze del sovrano che andassero oltre quei limiti" (R. POUND, *The spirit of the common law*, 1921, pp. 68 ss). Nota ancora Pound come dopo il 1688 "la proposizione" di Coke, estesa anche al Parlamento, "non resse più", per cui spetterà agli Stati Uniti il compito "di ricondurre la dottrina della supremazia della legge alle sue logiche conseguenze, e in verità a superarle, adottando praticamente la dottrina di Coke di un controllo della legislazione sul metro della ragione e dei principi fondamentali del diritto".

È da ricordare l'osservazione di H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, Milano, 1969, il quale nota che l'*opinion* di Coke non venne accettata neppure dai suoi contemporanei, pur ricordando che un altro grande giudice, il Chief Justice Holt, nel caso *City of London v. Wood* del 1701, ritenne "per nulla stravagante, poiché molto ragionevole ed esatto affermare che, se il Parlamento stabilisse che la medesima persona fosse giudice e parte...quell' *Act* sarebbe nullo" (p. 229). Osserva ancora criticamente che "il comune diritto e la ragione" che campeggiavano nel *Bonham's case* "erano tutti aspetti della vecchia concezione del diritto fondamentale ed eterno, i quali ormai non costituiscono più limiti al potere del legislatore. La giustizia naturale ha dovuto cercarsi un nuovo punto di appoggio e lo ha trovato non più in un sistema per eliminare gli Acts del Parlamento, ma in un sistema per eseguirli. La sua base sta ora nelle regole ermeneutiche, mediante le quali le Corti possono presumere che il legislatore voglia che i poteri da esso conferiti siano esercitati in maniera giusta e corretta; e poiché è molto improbabile una contraria statuizione del Parlamento, ciò offre alle Corti una grande possibilità di elaborare e di imporre un corpo di regole di buona amministrazione, secondo le esigenze dei tempi" (p. 230).

¹⁷⁸ Si fa riferimento alla *constitutional revolution* avvenuta a seguito della decisione della House of Lords nel caso *R. v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame Limited* (Case C-213/89, 1989 E.C.R., Common Mkt. Rep. (CCH), 1990, 2 CEC 189) dove per la prima volta si è ammessa la possibilità che le Corti potessero disapplicare una legge

nazionale (pur restando fermo un ampio margine interpretativo al fine di evitare una simile evenienza) per contrasto con la normativa comunitaria, così limitando il principio della *sovereignty of Parliament* nella sua accezione classica.

La vicenda giudiziaria trae origine da alcune disposizioni inglesi che avevano modificato il Merchant Shipping Act imponendo vincoli più stringenti per le imbarcazioni che volessero utilizzare le *fishing quotas* del Regno Unito e rendendo così invalide le licenze precedentemente concesse sulla base della vecchia disciplina. Contro tali disposizioni ricorreva la *fishing company* spagnola Factortame che aveva ottenuto licenze di pesca in base al Merchant Shipping Act denunciando che le nuove disposizioni violassero la normativa comunitaria direttamente applicabile ed in particolare alcune regole fondamentali del mercato unico, ovvero il divieto di discriminazioni sulla base della nazionalità e la *freedom of establishment* delle imprese all'interno dei paesi membri (art. 7, 52 e 58 del Trattato) e chiedendo inoltre la temporanea sospensione dell'efficacia della legislazione inglese in esame sino alla decisione finale.

La Divisional Court inglese, dopo aver richiesto un *preliminary ruling* alla Corte di Giustizia sull'efficacia dei diritti tutelati dai Trattati negli Stati membri e sulla loro estensione, decideva di sospendere il Merchant Shipping Act e di permettere ai ricorrenti di esercitare la loro attività commerciale. Contro tale decisione proponeva appello il Secretary of State, le cui ragioni venivano soddisfatte dalla Court of Appeal che negava alla Divisional Court la sussistenza di un qualsiasi potere di disapplicazione di un *act of Parliament* per di più evidenziando come essa non si fosse resa conto della “*constitutional enormity, as the law stands, of requiring a Secretary of State to act contrary to the clearly expressed will of Parliament when the unlawfulness of that expression has yet to be established*”; non solo infatti secondo la Corte tale potere di disapplicazione da parte delle Corti di un atto del Parlamento non sarebbe riscontrabile in alcun modo nell'ordinamento costituzionale inglese ma ciò non sarebbe stato nemmeno possibile in caso di contrasto tra legge nazionale e diritti comunitari “*alleged but not yet finally determined*”.

Sulla stessa lunghezza d'onda si pone inizialmente anche la House of Lords, che richiede a sua volta un *preliminary ruling* da parte della Corte di Giustizia per poter decidere sulla questione della disapplicazione della legge nazionale. La Corte di Giustizia, seguendo la linea della propria giurisprudenza precedente, afferma che le disposizioni della normativa comunitaria direttamente applicabile creano diritti che sono esercitabili dagli individui e che le Corti dei paesi membri debbono avere il potere di disapplicare la normativa nazionale che sia in contrasto con tali diritti tutelati dall'ordinamento comunitario.

compatibilità con i diritti di provenienza dalla CEDU, ha contribuito a temperare la singolarità del caso inglese rispetto ai sistemi di protezione dei diritti fondamentali presenti nelle costituzioni continentali del secondo dopoguerra.

Sarebbe però eccessivo concludere che il sistema diceyano della *rule of law*, inteso come lo schema di tutela dei diritti tipico dell'ordinamento inglese, sia stato totalmente sconvolto da queste trasformazioni.¹⁷⁹ Anzitutto il principio della

Nel successivo giudizio dinanzi l'House of Lords, l'Alta Corte inglese decide di adottare una *injunction* in favore della Factortame, così disapplicando le disposizioni contestate del Merchant Shipping Act. Ben si comprende l'importanza di tale decisione alla luce dell'incidenza sul principio della *sovereignty of Parliament* che aveva sempre impedito che le Corti potessero pronunciarsi direttamente sulla validità di un atto parlamentare; in proposito si è parlato addirittura, come anticipato, di una vera *constitutional revolution* che avrebbe alterato proprio la *fundamental rule of recognition* dell'ordinamento costituzionale inglese: “*when in the second Factortame case the House of Lords (refused to apply the Mercant Shipping Act) it was natural to suppose that something drastic had happened to the traditional doctrine of Parliamentary sovereignty. The established rule about conflicting Acts of Parliament, namely that the later Act must prevail, was evidently violated, since the later Act in this case was the (MSA), yet it was disapplied under the (ECA)... When that Act was nevertheless held to prevail it seemed to be fair comment to characterize this, at least in a technical sense, as a constitutional revolution*”. Cfr. W. WADE, *Factortame case* (1996), 112, *Law Quarterly Review*, 568. Negli stessi termini N. MACCORMICK in *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, 1999, pp. 124-136, laddove l'Autore scozzese evidenzia che “la sovranità secondo la concezione classica di Dicey si frantuma per effetto della scoperta che il Parlamento del 1972 aveva potuto vincolare i suoi successori, anche se non in un modo assolutamente irrevocabile”.

¹⁷⁹ È anzi da notare che proprio lo schema della *rule of law* inglese è stato ritenuto il più idoneo per descrivere e regolare il fenomeno quantomai attuale della “legalità globale” (o diritto globale), termine con cui si è soliti indicare un'estensione del diritto “oltre lo Stato” tale da rompere quell'endiadi tra Stato-Diritto caratterizzante l'esperienza eurocontinentale. Si è infatti registrato l'emergere di <un “diritto globale”, peraltro ancora incerto, quale

sovranità del Parlamento non risulta rinnegato, vedendosi in tale principio, come dimostrano anche le vicende più recenti, parte integrante e irrinunciabile dei principi di common law e baluardo insostituibile posto a tutela delle libertà fondamentali.

Ci si vuole riferire alla recente sentenza della Corte Suprema nel caso *Miller*¹⁸⁰ dove, nel confermare le posizioni espresse dalla High Court, si è rimessa al Parlamento inglese la decisione definitiva sull'azionabilità dell'art. 50 del TUE, con conseguente recesso del Regno Unito dall'Unione Europea. E ciò con riferimento alla necessità dell'intervento parlamentare, nonostante la già avvenuta espressione diretta della volontà popolare per mezzo del noto referendum del 23 giugno 2016, dal momento che la cd. Brexit avrebbe potuto incidere sui diritti fondamentali sia degli stessi inglesi sia degli altri

componente di una serie di processi di *governance*, che si pongono fuori dal dominio e finanche dal controllo dello stato> di cui il principio della *rule of law*, con la sua commistione di fonti produttive del diritto statali ed extra-statali, sembra essere l'antecedente (G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale?, Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 67). Ci si può interrogare tuttavia se effettivamente si possa agevolmente estendere in questa misura un principio come quello della *rule of law* che è venuto maturando in un sistema giuridico, ma anche culturale, assolutamente sui generis. Cfr. G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale?, Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, il Mulino, 2012; G. PALOMBELLA, *The Rule of Law in Global Governance: Its Normative Construction, Function and Import*, 2011, available at http://works.bepress.com/gianluigi_palombella/8; V. OMAGGIO, *Il rule of law e la legalità globale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, III, 1/2014, PP. 65-76; M. KRYGIER, *Inside the Rule of Law*, *Rivista di filosofia del diritto*, III, 1/2014, pp. 77-98, S. CASSESE, *Una "furiosa espansione della legge"?* *Spazio giuridico globale e rule of law*, *Rivista di filosofia del diritto*, III, 1/2014, pp. 109-122.

¹⁸⁰ *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, UKSC 5, 2017.

cittadini comunitari.¹⁸¹

¹⁸¹ In particolare la Corte Suprema ribadisce che “*although article 50 operates on the plane of international law, it is common ground that, because the EU Treaties apply as part of UK law, our domestic law will change as a result of the United Kingdom ceasing to be party to them, and rights enjoyed by UK residents granted through EU law will be affected*” (*R (on the application of Miller and another) v Secretary of State for Exiting the European Union*, p. 61), il che rende per l'appunto necessario l'intervento legislativo dal momento che le *prerogatives* trovano il loro limite nella modifica dei diritti statuari e non potrebbero essere comunque utilizzate per frustrare la volontà del Parlamento (sul punto Cfr. T. POOLE, *Loosing our Religion? Public Law and Brexit*, in *U.K. Const. L. Blog*, 2 december, 2016). È poi da notare che la riaffermazione della sovranità del Parlamento inglese assume ancora più forza nella decisione della Supreme Court in seguito all'esclusione di un qualsiasi ruolo delle assemblee legislative devolute nel processo di uscita del Regno Unito dall'Unione Europea. In particolare nella sentenza in esame viene negata la necessità che si debba ottenere il consenso dei Parlamenti devoluti prima di azionare la procedura dell'art. 50 TUE, rimanendo nella competenza esclusiva di Westminster la definizione dei rapporti sovranazionali del Regno Unito (sulla necessità della partecipazione dei Parlamenti delle *Nations* nel processo di uscita dall'Unione Europea cfr. A. WELIKALA, *The Need for a 'Cartesian Cleaning of the Augean Stables'? Miller and the Territorial Constitution*, in *Uk Const. L. Blog*, 7 February 2017; per uno sguardo complessivo sulla Devolution britannica si rimanda a P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom. A contextual Analysis*, 2nd edition, Hart Publishing, Oregon, 2012, p. 243 e ss e A. TORRE, *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati unitari (dal Regno Unito all'Europa)*, Atti del convegno dell'Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo, Bologna, Università degli Studi, 24-25 novembre 2006, Torino, Giappichelli, 2007). Vale la pena ricordare che era stata la stessa First Minister di Scozia Nicola Sturgeon, vista la maggioranza di voti favorevoli al *remain* espressi dai cittadini scozzesi, a chiedere al Parlamento di Holyrood la votazione di una mozione diretta a bloccare la notifica britannica di avvio della procedura di uscita dall'Unione Europea, oltre a sollecitare un nuovo *referendum* per l'indipendenza scozzese (sui possibili scenari con riferimento alla situazione scozzese ed alla sua permanenza nell'Unione Europea cfr. G. CARAVALE, *Scozia ed Europa: scenari possibili*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Parlamenti nazionali e Unione Europea nella governance multilivello*, Atti del Convegno, Roma – Camera dei Deputati, 12-13 maggio 2015, Milano, 2016, pp. 532-535; P. LEYLAND, *Brexit and the UK: Charting the Constitutional and Legal Obstacles*, in *Brexit: La fine dell'Europa o la fine del Regno Unito?* in *Istituzioni del Federalismo*, Numero speciale, 2016, pp. 51 e ss; J.O. FROSINI, *Was It an Act of Self-Dissolution? Brexit and the Future of the United Kingdom*, in *Brexit: La fine dell'Europa o la fine del Regno Unito?* in *Istituzioni del Federalismo*, Numero speciale, 2016, pp. 23 e ss.). Come si sa, in ottemperanza alla decisione della Corte Suprema, il governo ha presentato in Parlamento l'*European Union (Notification of Withdrawal) Bill* per essere autorizzato ad attivare la procedura dell'art. 50 del TUE; a seguito di due letture da parte delle Camere, il Parlamento inglese ha

Si potrebbe fare un parallelismo tra questa decisione con la quale si è impedito all'esecutivo, che voleva utilizzare le antiche *royal prerogatives*, di procedere in via autonoma all'avvio della Brexit, e la risalente giurisprudenza delle Corti dell'epoca medievale che contribuirono in maniera decisiva alla soluzione del conflitto tra Corona e Parlamento in senso favorevole a quest'ultimo.¹⁸²

A parte quest'esempio, resta ferma quella dialettica tra giudici e legislatore che, dall'affermazione del Parlamento come rappresentante delle libertà, ha sempre caratterizzato il sistema inglese e che si riverbera nel peculiare strumento decisionale della *declaration of incompatibility*.

Altra notazione da avanzare è che il rigetto della teoria del *mirror*, rigetto dovuto soprattutto all'autorevolezza delle posizioni assunte dalla Supreme Court, conferma la volontà dei giudici inglesi di preservare fin dove possibile la propria autonomia valutativa e il patrimonio giurisprudenziale formatosi in sede di applicazione dei principi di common law.

Non a caso, come si è visto nell'ultima parte di questo lavoro, pur uniformandosi all'obbligo di applicazione dei

approvato il *Bill* che, acquisito il *Royal assent*, è divenuto a tutto gli effetti un *Act of Parliament* il 16 marzo 2017. Successivamente, il 12 settembre 2017, la Camera dei Comuni ha approvato il *Great Repeal Bill*, legge destinata a cancellare l'*European Communities Act* e a revocare, una volta perfezionata la procedura di uscita, la potestà legislativa dell'Unione Europea sul Regno Unito.

¹⁸² Un parallelismo che non sfugge peraltro a Peter Leyland, il quale sottolinea che “*viewed historically the trend clearly supports the predominance of statute over the prerogative powers which according to classic definition are regarded as residual*”. Cfr. P. LEYLAND, *Brexit and the Uk: Charting the Constitutional and Legal Obstacles*, in *Brexit: La fine dell'Europa o la fine del Regno Unito?* in *Istituzioni del Federalismo*, Numero speciale, 2016, p. 47.

diritti CEDU (sia ai fini dell'interpretazione conforme della legge sia a quelli della eventuale *declaration of incompatibility*), le Corti hanno costantemente ribadito la loro fedeltà alla common law traendone canoni interpretativi degli stessi diritti convenzionali.

Un altro interrogativo da porsi è se possa dirsi oggi compiuto un processo di formalizzazione dell'ordinamento inglese tale da poter considerare la costituzione inglese a tutti gli effetti una costituzione scritta; il che sarebbe avvenuto, come visto, soprattutto attraverso la giurisprudenza della Corte Suprema che ha assegnato il rango di *constitutional instruments* ad una serie di *statutes* e di *Acts of Parliament*, senza però mai dimenticare il ruolo della common law.

Questo interrogativo ha assunto particolare rilevanza nel Regno Unito, come testimoniano tra l'altro alcuni *reports* pubblicati sin dall'inizio degli anni 2000 dalle varie Committees parlamentari e che hanno ad oggetto proprio la costituzione britannica e la sua evoluzione, anche con riferimento alla disciplina della forma di governo.

Tra di essi può anzitutto ricordarsi il rapporto dal titolo *Reviewing the Constitution: Terms of Reference and Method of Working* pubblicato nel 2001 dalla Select Committee on Constitution della House of Lords. Il rapporto risulta significativo poiché individua i fattori che compongono la costituzione britannica “nell'insieme di leggi, regole e prassi che costituiscono le istituzioni principali dello Stato e disciplinano i poteri di quelle istituzioni, i rapporti tra le istituzioni, e tra le istituzioni e gli individui”, per indicare in

seguito i principi fondamentali dell'ordinamento ovvero "Sovereignty of the Crown in Parliament; The Rule of Law, encompassing *the rights of the individual*; Union State; Representative government; Membership of the Commonwealth; *the European Union*, and other international organisations".¹⁸³ È da notare che l'istanza di tutela dei diritti fondamentali degli individui è rimessa ancora una volta alle potenzialità del principio della *rule of law* piuttosto che esclusivamente allo Human Rights Act e dunque ad un catalogo scritto di diritti.

Di particolare interesse è poi il report del 2014 stilato dalla Political and Constitutional Reform Committee della House of Commons, in collaborazione con il King's College di Londra, dal titolo evocativo *A new Magna Carta?*, che affronta frontalmente la questione della codificazione della costituzione britannica. Nel rapporto vengono analizzati *advantages* e *disadvantages* della codificazione, ipotizzando tre differenti modalità di realizzazione di una costituzione inglese: la prima viene identificata nella redazione di un Constitutional Code autorizzato (*sanctioned*) dal Parlamento, senza *statutory authority*, contenente i principi fondamentali della costituzione e del funzionamento del *government*; la seconda prevede che si proceda mediante un Constitutional Consolidation Act che dovrebbe contenere "*a consolidation of existing laws of a constitutional nature...the common law and parliamentary*

¹⁸³ Cfr. *La Costituzione degli altri, Cronache costituzionali di sette ordinamenti stranieri tra il 2000 e il 2004*, a cura di F. LANCHESTER, Giuffrè, 2005, p. 373.

practice, together with a codification of essentials constitutional conventions"; la terza modalità, vicina al modello delle costituzioni dell'europa continentale, prevede la stesura di una vera e propria *written constitution* con funzione di *basic law* regolante i rapporti tra Stato e cittadini nonché il funzionamento del *government*.¹⁸⁴

Sono a questo punto due i profili che maggiormente interessano: da un lato il ruolo che verrebbero ad assumere le Corti, ed in particolare la Supreme Court, nel caso in cui si adottasse una costituzione scritta del Regno Unito; dall'altro lato la questione, strettamente legata alla prima, relativa ai diritti fondamentali ed alla loro tutela.

Per quanto concerne il primo profilo si può prendere come riferimento il report della stessa Committee dal titolo *Constitutional role of the judiciary if there were a codified constitution*.¹⁸⁵

Ora, è significativo che nel suddetto rapporto si precisa che in ogni caso, ossia in qualunque delle ipotesi che si sono configurate, il potere di controllo della Corte Suprema dovrebbe rimanere circoscritto ad una *declaration of unconstitutionality* (sulla scorta della *declaration of incompatibility* prevista dalla sezione 4 dello Human Rights Act) priva di effetti immediati di annullamento, restando sempre riservata al Parlamento la decisione finale. Questa

¹⁸⁴ Cfr. House of Commons, Political and Constitutional Reform Committee, *A new Magna Carta?*, Second Report of Session 2014-15, 2014, p. 7.

¹⁸⁵ Cfr. House of Commons, Political and Constitutional Reform Committee, *Constitutional role of the judiciary if there were a codified constitution*, Fourteenth Report of Session 2013-2014.

esclusione della introduzione di uno *strike down power* in capo alla Corte Suprema conferma ancora una volta la preoccupazione che venga meno quel principio di riserva delle decisioni politiche all'organo rappresentativo che ha nei secoli caratterizzato il sistema britannico.

Sotto il secondo profilo si rileva nel report la preferenza, sia pure con molta cautela, per la codificazione all'interno del testo costituzionale di un Bill of Rights nazionale che potrebbe sostituire lo Human Rights Act, dando in tal modo la priorità alla tradizione inglese nella materia delle libertà fondamentali dei cittadini. Naturalmente l'inserimento di questo ipotetico Bill of Rights comporterebbe il rafforzamento del ruolo della Corte Suprema come garante dei diritti degli *englishmen*, in quanto la Corte inglese non sarebbe più condizionata dagli indirizzi interpretativi della Corte Europea. Ma è da tenere presente che in tal modo lo stesso Parlamento ne trarrebbe il vantaggio di vedersi sollevato dal rischio di un controllo extranazionale ritenuto, come si è visto nel corso del lavoro, non sempre in grado di apprezzare le specificità delle tradizioni di common law in materia di diritti fondamentali.

Non sappiamo oggi quali sviluppi potranno avere le proposte che abbiamo sopra sintetizzato. Non si sa in particolare se il dibattito politico in corso nell'Isola porterà addirittura al *repeal* dello Human Rights Act¹⁸⁶ con la conseguenza del

¹⁸⁶ Il *repeal* dello Human Rights Act costituiva uno dei punti del programma del partito Conservatore uscito vittorioso dall'ultime elezioni politiche, anche se ad oggi nessun *Bill* in merito è stato mai presentato in Parlamento. Le ragioni dell'avversità nei confronti dello Human Rights Act sono espone nella

ritorno ad una posizione della CEDU di semplice ausilio interpretativo dei diritti anglosassoni nel momento della loro concreta applicazione in sede giudiziaria. In ogni caso quel che si può dire è che il Regno Unito attraversa una fase della sua

pubblicazione del 2014 dal titolo *The Conservatives' proposals for changing Britain's human rights laws (Protecting Human Rights in the Uk. The Conservatives' proposals for changing Britain's Human Rights laws, 2014)* dove si afferma la volontà di sostituire lo Human Rights Act con un autoctono Bill of Rights anche al fine di limitare l'espansione della giurisprudenza della Corte Europea. Le maggiori critiche riguardano, come già si è avuto modo di vedere nel testo, in particolare: l'allargamento delle materie rientranti nella cognizione della Corte Europea attraverso la teoria della Convenzione come *living instrument* che avrebbe alterato lo stesso impianto originario della CEDU *'beyond what the framers of the Convention had in mind when they signed up to it'*; l'assoggettamento delle Corti inglesi alla giurisprudenza di una Corte internazionale non sufficientemente attenta alle specificità del sistema di common law; la progressiva erosione del principio della *sovereignty of Parliament* e della *democratic accountability* e lo spostamento verso un sistema dove le decisioni di maggiore rilievo nell'ambito dei diritti sono rimesse piuttosto alle decisioni prese in sede giudiziaria. Per questi motivi la proposta di *repeal* dello Human Rights Act e l'introduzione da parte del Parlamento inglese di *"new basic rights"* che permettano di tornare al *"common sense, and to tackle the misuse of the rights contained in the Convention"*. A ciò si aggiunge la necessità di recidere *"the formal link between British courts and the European Court of Human Rights"*, con le Corti inglesi non più obbligate, come stabilito oggi dalla sezione 2 dello HRA, *"to take into account rulings from the Court in Strasbourg"*, nonché di impedire alla Corte Europea *"to force the Uk to change the law"*, restituendo al Parlamento inglese la scelta se seguire o meno le decisioni prese dai giudici di Strasburgo da considerare come puramente *"advisory"* (*"it will only be binding in Uk law if Parliament agrees that it should be enacted as such"*). Insomma ciò che viene richiesto è un ritorno alle modalità di funzionamento tipiche della *political constitution* di modo che, nel campo della tutela dei diritti, si torni a seguire solamente *"the clear intention of Parliament, rather than having to stretch its meaning to comply with Strasbourg case-law"*. Interessante notare come vi sia anche un monito a limitare *"the use of human rights laws to the most serious cases"* come quelli *"that involve criminal law and the liberty of an individual, the right to property and similar serious matters"*, quasi a riprendere quella polemica iniziata da Bentham nei confronti della concezione continentale eccessivamente votata all'astrazione ed all'allargamento della dimensione dei diritti fondamentali.

storia di grande incertezza per quanto interessa il suo aspetto costituzionale. Ma neppure la Brexit sembra possa sancire il ritorno ad un isolamento del Regno Unito rispetto alle esigenze di modernizzazione del suo sistema messe in movimento dall'influenza dei principi europei in materia di tutela dei diritti fondamentali.

Bibliografia

- ALLAN, T.R.S., *Human Rights and Judicial Review: A Critique of "Due Deference"*, 2006, 65 CLJ.
- ALLAN, T.R.S., *In Defence of the Common Law Constitution: Unwritten Rights as Fundamental Law*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 5/2009.
- ALLAN, T.R.S., *Law, Liberty and Justice, The Legal Foundation of British Constitutionalism*, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1993.
- ALLISON, J.W.F., *The English historical constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- AMBROSINI, G., *La costituzione americana nel costituzionalismo moderno*, introduzione a *Il Federalista*, Pisa, 1955.
- ASHLEY, M., *England in the Seventeenth Century*, London, Penguin Books, 1974.
- BAGHEOT, W., *La Costituzione inglese*, Bologna, Il Mulino, 1995.
- BALDASSARRE, A., *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XII, 1989.
- BAMFORTH, N. e LEYLAND, P., *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2003.
- BARRINGTON MOORE JR, *Le origini sociali della dittatura e della democrazia*, trad.it., Torino, 1969. C. HILL, C., *The century of revolution*, London, 1975.
- BATES, E., *The evolution of the European Convention on*

human rights.

BELLAMY, R., *Political constitutionalism and the Human Rights Act*, Oxford, 2011.

BENTHAM, J., *Esame critico della Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e del Cittadino*, trad. It. A cura di Pietro Crespi, in *Sofismi Politici*, Milano, Bombiani, 1947.

BENTHAM, J., *The Anarchical Fallacies*, vol. 2 of Bowring (ed.), Works, 1843.

BICKEL, S., *The Last Dangerous Branch*;

BOBBIO, N. e MATTEUCCI, N., Dizionario di Politica, diretto da N. Bobbio e N. Matteucci, Torino, Utet, 1976.

BOGDANOR, V., *The New British Constitution*, 2009.

BRADLEY, A., *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?*, in *The Changing Constitution*, Edited by J. Jowell and Dawn Oliver.

BRYCE J., *Costituzioni flessibili e rigide*, a cura di A. Pace, Milano, 1998.

BURATTI, A., *Western Constitutionalism, An Introduction*, Torino, Giappichelli, 2016.

BURKE, E., *Riflessioni sulla rivoluzione francese*, Bologna, Cappelli, 1930.

BURTON ADAMS, G., *Constitutional History of England*, London, Jonathan Cape Paperback, 1963.

CARVALE, G., *Scozia ed Europa: scenari possibili*, in F. Lanchester (a cura di), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, Atti del Convegno, Roma – Camera dei Deputati, 12-13 maggio 2015, Milano, 2016, pp. 532-535).

CASSESE, S., *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, n. 19, 1990 pp. 5-82.

COKE, E., *Institutes of the laws of England*, Thomas ed., London, 1818

COKE, E., *The Reports of Sir Edward Coke*(1572-1617).

CRAIG, P., *Uk, EU and Gblobal Administrative Law: Foundations and Challanges*, Hamlyn Lectures, 2015.

D’ALBERTI, M., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992.

DE LOLME, cit. in A.V. DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, (1885), London, 1915, p. 5.

Dicey, A.V., *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, LF ed., 1915.

DYZENHAUS, D., *The Rule of (Administrative) Law in International Law*, 68 *Law & Contemporary Problems*, 127, 2005.

DYZENHAUS D., HUNT, M. e TAGGART M., *The Principle of Legality in Administrative Law: Internationalisation and Constitutionalisation*, (2001) in *Oxford University Commonwealth Law Journal*, n. 5.

DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, 1977.

ELLIOTT, M., *Beyond the European Convention: Human Rights and the Common Law*, *Oxford Journals*, 07/08 2015.

ELLIOTT, M., *Parliamentary Sovereignty and the New Constitutional Order: Legislative Freedom, Political Reality*

and Convention, 2002, 22 *Legal Studies*.

ELTON G.R., *The Tudor Constitution: Documents and Commentary*, 1960.

EWING, K.D., *The Human Rights Act and Parliamentary Democracy*, 1999, 62 *Modern Law Review* 79.

EWING, K.D., *The Case for Social Rights*, in T. Campbell, J. Goldsworthy e A. Stone (ed.), *Protecting Human Rights. Instruments and Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

EWING, K.D., *The Unbalanced Constitution*, in T. Campbell, K.D. Ewing e A. Tomkins (a cura di), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

FELDMAN, D., *The Human Rights Act 1998 and Constitutional Principles*, 1999, 19 *Legal Studies* 165.

FELDMAN, D., *English public law*, Oxford, 2009.

FENWICK, H., *What's wrong with s.2 of the Human Rights Act?*, in *Uk Constitutional Law Association Blog*, 9 October 2012.

FREDMAN, S., *Scepticism under Scrutiny: Labour Law and Human Rights*, in T. Campbell, K. Ewing and A. Tomkins (eds.) *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 197, 2001.

GEARTY, C., *The Important Inconvenience of the Rule of Law*, in *Uk Constitutional Law Blog*, 30th March 2013.

GREENBERG, D., *Craies on Legislation*, 8th edn, London, Sweet & Maxwell, 2004.

GRIFFITH, J.A.G., *The Political Constitution*, *Modern Law Review*, 1979.

HAMILTON- JAY- MADISON, *Il Federalista*, (1788), trad. It., Pisa, 1955.

HILL, C., *Intellectual Origins of the English Revolution*, Oxford, Clarendon, 1965, p. 234.

HILL, C., *The Century of Revolution 1603-1714*, London, Cardinal, 1974.

HIRSCHL, T., *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard, Harvard University Press, 2007.

HOBBS, T., *A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England*, in *The english works*, edited by Sir William Moleworth, London, 1939-45.

HOFFMANN, L., *Human Rights and the House of Lords*, 1999, 62 Modern Law Review 159.

HOFFMANN, L., *The universality of human rights*, Judicial Studies Board Annual Lecture, 2009.

HOBBS, E.J., *Le rivoluzioni borghesi*, trad.it., Milano, 1962.

HUNT, M., 'Reshaping Constitutionalism' in J. MORISON, K. MCEVOY, G. e ANTHONY (eds), *Judges, Transition and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 470.

HUNT, M., *Using International Human Rights Law in English Courts*, Oxford, Hart Publishing, 1997.

JENNINGS, I., *The Law and the Constitution*, (1933), London, 1973.

JOWELL J. e OLIVER, D., *The Changing Constitution*, Oxford University press, 2007; saggi di: J. Jowell, *The rule of law and its underlying value*; Lord Lester of Herne Hill, QC e

K. Beattie, *Human rights and the British Constitution*; P. Craig, *Britain in the European Union*.

KAVANAGH, A., *Constitutional Review under the Uk Human Rights Act*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

KELLER, H., Alec Stone Sweet, *A Europe of rights: the impact of ECHR on National legal systems*.

KLUG, F., *The long road to Human Rights compliance*, 2005, 57 *Northern Ireland Legal Quarterly* 186.

KRISCH, N., *The Open Architecture of European Human Rights Law*, *The Modern Law Review*, 2008.

LASKY, H.J., *L'evoluzione attuale del regime rappresentativo*, in H.J. Lasky, C. Borgeaud, F. Larnaude, G. Mosca e M.J. Bonn, *L'evoluzione attuale del regime rappresentativo. Cinque risposte a un'inchiesta dell' Union Interparlamentaire*, a cura di C. Cassina, Bologna, Il Mulino, 2011.

LAWRENCE LOWELL, A., *Il governo inglese*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, diretta da Attilio Brunialti, Torino 1911, Vol. VI.

LEONI, B., *La libertà e la legge*, Macerata, Liberilibri, 1997, trad. it.

LESTER, A., *Democracy and Individual Rights*, Fabian Tract No. 390, November 1968.

LESTER, A., *Fundamental Rights in the United Kingdom: the Law and the British Constitution*, Owen J. Roberts Memorial Lecture, University of Pennsylvania Law School, October 18, 1976.

- LEWIS, J., *The European Ceiling on Human Rights*, 2007, Public Law Review 720.
- LEWIS, T., “*Difficult and slippery terrain*”: *Hansard, human rights and Hirst v Uk*, Public Law Review, 2006 n. 209.
- LEYLAND, P., *Civil Liberties and Human Rights: The Parliamentary Legacy Re-examined*, in *La Costituzione Britannica*, Atti del convegno dell’associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, Bari, Università degli Studi, 29-30 maggio 2003, Volume 1, Giappichelli, 2005.
- LEYLAND, P., *Human rights Act 1998: riportare i diritti a casa?*, Quaderni Costituzionali, a. XX n.1, Aprile 2000.
- LEYLAND, P., *The Constitution of the United Kingdom. A contextual Analysis*, 2nd edition, Hart Publishing, Oregon, 2012
- LEYLAND, P., *Constitutional Conventions and the preservation of the spirit of the British Constitution*, XXIX Convegno annuale AIC – Catanzaro 2014, Rivista N°: 4/2014.
- LORD LESTER OF HERNE HILL, QC e BEATTIE, K., *Human Rights and the British Constitution*, in *The Changing Constitution*, edited by JOWELL, J. e OLIVER, D., Oxford, Oxford University Press, 2007.
- LOSANO, M.G., *I grandi sistemi giuridici*, Milano, 1978
- MACCORMICK, N., in *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- MACPHERSON, C.B., *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, trad. It., Milano 1973.

- MAITLAND, F.W., *Constitutional History of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1919, p. 18.
- MARSHALL, G. e MOODIE, M., *Some Problems of the Constitution*, London, 1959
- MARTINELLI, C., *Brevi riflessioni sulla rule of law nella tradizione costituzionale del Regno Unito*, in *Diritti Comparati*, 8 giugno 2017.
- MARTINELLI, C., *I fondamenti costituzionali del conservatorismo inglese e statunitense: la praticabilità di una comparazione eloquente*, in *Osservatorio Costituzionale*, Fasc. 1/2016, 27 aprile 2016.
- MARTINICO, G., *Corti Costituzionali (o Supreme) e “Disobbedienza funzionale”, Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010-2015.
- MASTERMAN, R. e MURKENS, J.E.K., *Skirting supremacy and subordination: the constitutional authority of the United Kingdom Supreme Court*, in *Public Law*, October 2013.
- MASTERMAN, R., *Deconstructing the Mirror Principle*, in *The United Kingdom's Statutory Bill of Rights*, Edited by Roger Masterman and Ian Leigh, British Academy, April 2013.
- MATTEI, U., *Il modello di common law*, Torino, 2010.
- MATTEUCCI, N., (a cura di), *Antologia dei costituzionalisti inglesi*, Bologna, 1962.

- MCILWAIN, C.H., *Costituzionalismo antico e moderno*, a cura di Vittorio De Caprariis, Venezia, Neri Pozza Editore, 1956.
- MCILWAIN, C.H., *The English Common Law, Barrier against absolutism*, *The American Historical Review*, 1943.
- MCILWAIN, C.H., *The High Court of Parliament and Its Supremacy*, New Heaven, Yale University Press, 1910.
- MONATERI, P.G., *Geopolitica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2013.
- MORTATI, C., *Le forme di governo, Lezioni*, Padova 1978.
- MUNRO, C.R., *Laws and Conventions distinguished*, in *Law Quarterly Review*, 91, 1975.
- MURRAY, C.R.G., *A perfect storm: Parliament and Prisoner Disenfranchisement*, in *Parliamentary Affairs*, Oxford, 2011.
- NORMAN, J. e OBORNE, P., *Churchill's Legacy: The Conservative Case for the Human Rights Act*, London: Liberty, 2009
- PAINE, T., *The Rights of Man*, New York, 1969.
- PALOMBELLA, G., *È possibile una legalità globale?*, *Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, il Mulino, 2012.
- PLUCKNETT, T.F.T., *Statutes and their Interpretation in the First Half of the Fourteenth Century*, Cambridge, 1922.
- POLLICINO, O., *Toward a Convergence Between the EU and ECHR Legal Systems? A Comparative Perspective*, in *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law, An Italian Perspective*, edited by G. Repetto, Intersentia, 2013.

- POLLOCK, F., *The expansion of the common law*, London, Stevens and Son, Chancery Lane, 1904.
- POLLOCK, F. e MAITLAND F.W., *The History of the English Law before the time of Edward I*, Cambridge, Cambridge University Press, 1895.
- RESCIGNO, U., *Le Convenzioni Costituzionali*, Padova, Cedam, 1972.
- RIDOLA, P., *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. Nania e P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006.
- RIDOLA, P., *Organizzazione della politica e forma di governo parlamentare*, in *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, Giappichelli, 2011.
- ROBERTSON, A.H., *The European Court of human rights*, The American Journal of Comparative Law, 1960.
- ROBSON, W., *Justice and Administrative Law*, 2nd edition, 1947.
- SAPIENZA, R., *l'applicazione della CEDU negli ordinamenti degli Stati membri. Spunti dalla giurisprudenza britannica*, in *Studi in Onore di Claudio Zanghì*, a cura di Lina Panella ed Ersiliagrazia Spatafora, Giappichelli, Torino, 2011.
- SCARMAN, L., *English Law – The New Dimension*, The Hamlyn Lectures, Twenty-sixth series, 1974.
- SIMPSON, A.W.B., *Human Rights and the end of the Empire: Britain and the genesis of the European Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

- SONELLI, S., *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, Torino, Giappichelli, 2001.
- STREET, A., *Judicial Review and the Rule of Law, Who is in Control?*, London, 2013.
- TOMKINS, A., *Our Republican Constitution*, Hart Publishing, 2005.
- TORRE, A., *Interpretare la Costituzione britannica. Itinerari culturali a confronto*, Torino, 1997.
- TORRE, A., *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati unitari (dal Regno Unito all'Europa)*, Atti del convegno dell'Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo, Bologna, Università degli Studi, 24-25 novembre 2006, Torino, Giappichelli, 2007.
- TORRE, A e MARTINO, P., *La giurisprudenza della Corte Suprema del Regno Unito nel biennio 2009-2011*, in "Giurisprudenza costituzionale", n. 5, 2011.
- VILE, M.C.J., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Liberty Fund, 2nd ed., 1967.
- VOLPE, L., *British way and continental view*, Avventurosi percorsi nei sentieri della comparazione, in *La Costituzione Britannica*, Atti del convegno dell'associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, Bari, Università degli Studi, 29-30 maggio 2003, Volume 1, Giappichelli, 2005.
- WADE, H.W.R., *Diritto amministrativo inglese*, Milano, 1969.

WADE W., RAGHNEMALM D., P.L. STRAUSS P.L., *Administrative law. The problem of justice*, edited by A. Piras, Milano, 1991, Vol. I.

WADE, E.C.S. e PHILLIP, C.G., *Constitutional and Administrative Law*, London, 1977.

WAGNER, D., *Coke and the Rise of Economic Liberalism*, Economic History review n. 30, 1935.

WALDRON, J., *The Core Case Against Judicial Review*, The Yale Law Journal, 2006, 1346-1406.

WILBERFORCE, CAMPBELL, ELLES, *Restrictive trade practices and monopolies*, London, Sweet e Maxwell, 1966.

ZAGREBELSKY, V., *Note Sulle Conclusioni Della Conferenza Di Brighton "Per Assicurare l'avvenire Della Corte Europea Dei Diritti Dell'uomo"*, in AIC rivista n° 4/2012, data pubblicazione 12/12/2012.

ZAGREBELSKY, V., *Il Diritto Mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, 1992.

